

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDIR
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LEANDRO ELOY SOUSA

AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: A TÉCNICA DO DIÁLOGO
COOPERATIVO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO
EUROPÉIA (TJUE) E A JURISDIÇÃO NACIONAL DOS
ESTADOS-MEMBROS

VITÓRIA/ES
2011

LEANDRO ELOY SOUSA

**AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: A TÉCNICA DO DIÁLOGO
COOPERATIVO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO
EUROPÉIA (TJUE) E A JURISDIÇÃO NACIONAL DOS
ESTADOS-MEMBROS**

Dissertação apresentada à banca
examinadora do Programa de Pós-
Graduação em Direito Processual
Civil, da Universidade Federal do
Espírito Santo – UFES para
obtenção do título de Mestre
(Processo Civil), sob a orientação da
Profa. Dra. Valesca Raizer Borges
Moschen

Vitória/ES

2011

LEANDRO ELOY SOUSA

**AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: A TÉCNICA DO DIÁLOGO
COOPERATIVO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO
EUROPÉIA (TJUE) E A JURISDIÇÃO NACIONAL DOS
ESTADOS-MEMBROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevoux
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^a. Dra. Martha Lucía Olivar Jimenez
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTO

Não há palavras que traduzam a sensação de onipotência e impotência após o término do presente trabalho. Quase dois anos depois de ter mergulhado em tema inicialmente obscuro e de difícil acesso bibliográfico, só agora é possível perceber a importância silenciosa daqueles que foram fundamentais para que tudo desse certo.

Agradeço especial e penhoradamente ao meu querido amigo Marcos Simões Martins Filho, referência de pessoa e profissional, companheiro de graduação e Mestrado, a quem atribuo a responsabilidade pelo despertar do meu interesse e paixão pela academia; além de suportar inúmeras e infundáveis conversas a respeito do contencioso comunitário.

Dirijo carinhosas palavras à minha Morena, quem, de forma compreensiva, mais pessoalmente me apoio nesta caminhada, sendo também quem mais sofreu com meus momentos de ausência e distanciamento.

Peço sinceras desculpas aos meus pais amados e amigos queridos que, ao longo desses anos, foram privados de minha plena convivência, já que passei parte considerável desse tempo trancado em meu quarto.

Manifesto meu profundo respeito e carinho pela Universidade Federal do Espírito Santo, a todos os professores da graduação e Mestrado, que se mostraram essenciais na minha formação pessoal, profissional e acadêmica.

Por fim, e do fundo meu coração, agradeço imensamente à Prof^a. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen, que me deu o privilégio da valiosa orientação, a partir da qual, além de descobrir uma pessoa única, aprendi a manifestar meu amor e gratidão pela UFES por intermédio da academia.

RESUMO

Objetivando alcançar níveis mais elevados de desenvolvimento econômico e social alguns países europeus decidiram criar um organismo internacional de características *sui generis* para o qual transferiram parcelas de sua soberania. A formação da União Européia sustenta-se na ordem jurídica comunitária que lhe confere os traços jurídicos fundamentais. A feição adjetiva dessa ordem jurídica diz respeito ao contencioso comunitário cuja concepção busca tutelar e assegurar a normatividade da ordem jurídica comunitária. Nessa perspectiva, evidencia-se a ação por incumprimento que consiste em relevante mecanismo processual comunitário voltada ao controle da legalidade comunitária mediante a fiscalização das condutas ativas e passivas de todos os Estados-membros. A ação por incumprimento tem peculiar procedimento bifásico: fase pré-contenciosa e fase contenciosa, sendo esta última desenvolvida exclusivamente perante o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) que se pronuncia mediante acórdão a respeito da existência ou não da violação do direito comunitário pelo Estado-membro fiscalizado. Os efeitos do acórdão proferido na ação por incumprimento não têm o condão de forçar e/ou suggestionar de forma contundente a reposição da legalidade comunitária pelos Estados-membros. Nota-se que a ação por incumprimento não é estruturada procedimental e conceitualmente de maneira a considerar as peculiaridades fundamentais e estruturantes da União Européia. Nesse sentido, subjacente à formação e atuação da União Européia revela-se consistente, inédita e profunda relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem constitucional dos Estados-membros. Ademais, a materializar essa profunda interrelação observa-se a fundamental implementação da técnica do diálogo institucional no seio da União Européia, por meio da qual se viabiliza a participação e a influência dos Estados-membros nos processos decisórios daquele organismo internacional. Inclusive no âmbito dos mecanismos processuais do contencioso comunitário – reenvio prejudicial - observa-se a implantação da técnica do diálogo institucional. A despeito do reenvio prejudicial, fica evidente a necessidade de expandir o diálogo cooperativo entre o TJUE e as jurisdições nacionais para outros mecanismos processuais, tal como a ação por incumprimento, cuja efetividade poderia ser incrementada mediante a participação das Cortes Constitucionais na construção decisão judicial que analisa eventual incumprimento dos Estados-membros.

Palavras-Chave: Ação por incumprimento – Diálogo – Tribunal de Justiça a União Européia – Cortes constitucionais.

ABSTRACT

Aiming to achieve higher levels of economic and social development some European countries decided to establish an international body with *sui generis* characteristics for which were transferred portions of their sovereignty. The formation of the European Union rests on the Community legal order which gives the key legal features. The adjectival law feature of this legal order relates to the European litigation whose design seeks to protect and ensure the normativity of European law. From this perspective, it is evident that the action for failure to fulfil obligations consists in relevant procedural mechanism aimed to control the European legality under the supervision of active and passive behaviors of all Member States. The action for failure to fulfil obligations has a peculiar two-step procedure: pre-litigation and litigation stages, and this last is developed exclusively in the Court of Justice of the European Union (ECJ) that pronounces itself by ruling regarding the existence or not of the infringement of European law by the inspected Member State inspected. The effects of judgement in action for failure to fulfil obligations does not have the power of force and/or suggest forcefully to restore European law compliance by Member States. Note that the action for failure to fulfil obligations is not structured procedurally and conceptually in order to consider the fundamental and structural peculiarities of the EU. In this sense, underlying the formation and performance of the European Union appears to be consistent, unprecedented and deep the relationship between European legal order and constitutional order of the Member States. Moreover, to materialize this profound interrelation, there is the fundamental implementation of the technique of institutional dialogue within the EU, through which it makes possible the participation and influence of the Member States in decision making of that international body. Even under the procedural mechanisms of European litigation - preliminary ruling - there is the implementation of the technique of institutional dialogue. Despite the preliminary ruling, there is an evident need to expand the cooperative dialogue between the ECJ and national courts to other procedural devices, such as the action for failure to fulfil obligations, whose effectiveness could be enhanced through participation of Constitutional Courts in the construction of the judicial rulings that examines the possible failure of Member States.

Keywords: Actions for failure to fulfil obligations – Dialogue – European Court of Justice – Constitutional Courts.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CEAA	Comunidade Européia de Energia Atômica
CECA	Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CE	Comunidade Européia
CEE	Comunidade Económica Européia
ECJ	European Court of Justice
EU	European Union
UE	União europeia
TCE	Tratado que institui a Comunidade Européia
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Económica Européia
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemão
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Européia
TJ	Tribunal de Justiça da União Européia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Européia
TJM	Tribunal de Justiça do Mercosul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Européia
TUE	Tratado da União Européia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	16
2. ANOTAÇÕES SOBRE O CONTENCIOSO COMUNITÁRIO EUROPEU.....	24
2.1. CONTENCIOSO COMUNITÁRIO NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPÉIA	24
2.2. CONCEITO DE CONTENCIOSO COMUNITÁRIO	27
3. AÇÃO POR INCUMPRIMENTO NO CONTENCIOSO COMUNITÁRIO EUROPEU.....	33
3.1. OBJETO DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO	35
3.2. PARÂMETRO DE CONTROLE UTILIZADO PELA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO	36
3.3. FUNDAMENTO TEÓRICO-JURÍDICO DO CONTROLE EXERCIDO PELA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: O PRIMADO E A APLICABILIDADE DIRETA.....	44
3.4. MODALIDADES DE INCUMPRIMENTO	51
3.5. HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	62
3.6. PROCEDIMENTO DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO	67
3.6.1. FASE PRÉ-CONTENCIOSA DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	70
3.6.2. HIPÓTESES DE SUPRESSÃO DA FASE PRÉ-CONTENCIOSA	77
3.6.3. FASE CONTENCIOSA DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	80
4. ACÓRDÃO DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: EFICÁCIA E INEXECUÇÃO	82
4.1. EFEITOS JURÍDICOS DO ACÓRDÃO NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	82
4.1.1. CONTEÚDO DECLARATÓRIO DO ACÓRDÃO NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	83
4.1.2. EVOLUÇÃO DO CONTEÚDO E EFEITOS DO ACÓRDÃO	90
4.1.2.1. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA NORMA CONTRÁRIA AO DIREITO COMUNITÁRIO	93
4.1.2.2. OBRIGAÇÃO DE ELIMINAR O INCUMPRIMENTO RETROATIVAMENTE ...	95
4.1.2.3. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO PELOS DANOS CAUSADOS AOS PARTICULARES EM VIRTUDE DO INCUMPRIMENTO	97

4.1.2.4. OBRIGAÇÃO DE REVOGAR A NORMA CONTRÁRIA AO DIREITO COMUNITÁRIO	110
4.1.3. INCOMPATIBILIDADE ENTRE NORMA JURÍDICA INTERNA E COMUNITÁRIA: HÁ POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DA NORMA INTERNA PELO TJUE?	114
4.2. CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS DOS ACÓRDÃOS DO TJUE NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: AÇÃO POR INCUMPRIMENTO DE SEGUNDO GRAU ...	121
5. INTERAÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS E A TÉCNICA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL	142
5.1. NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO EUROPÉIA	143
5.2. DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DA UNIÃO EUROPÉIA.....	149
5.3. CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: A RELAÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS COMUNITÁRIA E NACIONAL	164
5.4. TÉCNICA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	186
5.5. RELEVÂNCIA DO DIÁLOGO COOPERATIVO ENTRE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA (TJUE) E AS JURISDIÇÕES NACIONAIS.....	199
5.6. DIÁLOGO IMPLÍCITO ENTRE AS CORTES CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-MEMBROS E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA (TJUE)	221
5.6.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT)	226
5.6.1.1. SOLANGE I - BVERFGE 37, 271; DE 29.05.1974	227
5.6.1.2. SOLANGE II - BVERFGE 73, 339, DE 22.10.1986	230
5.6.1.3. BANANAS - BVERFGE 102, 147; 07.06.2000	235
5.6.1.4. MAASTRICHT - BVERFGE 89, 155; 12.10.1993	237
5.6.1.5. LISBOA - BVERFGE 123, 267; DE 30 DE JUNHO DE 2009.....	239
5.6.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO (CORTE COSTITUZIONALE).....	241
5.6.2.1. FRONTINI - SENTENZA Nº 183/1973, 18 DICEMBRE 1973.....	241
5.6.2.2. GRANITAL - SENTENZA Nº 170/1984, 5 GIUGNO 1984	243
5.6.3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL).....	245
5.6.3.1. TRATADO CONSTITUCIONAL - DTC 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004	245
6. POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO.....	252
6.1. FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS PARA O DIÁLOGO NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO	253
6.1.1. FUNDAMENTOS SUBSTANCIAIS.....	254

6.1.2. FUNDAMENTOS CONSTANTES NOS TRATADOS (TUE, TFUE, DECLARAÇÕES, PROTOCOLOS E CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS).....	262
7. CONCLUSÃO.....	274
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	302

1. INTRODUÇÃO

Enxergar o processo civil internacional de maneira estrita e tradicional inviabiliza sua possível abertura conceitual para o fim de identificar em seus espaços de estudo práticas processuais de estatura transnacional ou supranacional.

As práticas processuais transnacionais ou supranacionais a que se refere podem compreender-se numa visão *lato sensu* do processo civil internacional, visão esta que permite uma aproximação acadêmica ao fenômeno processual que envolve países sujeitos de direito da ordem internacional.

É ainda mais evidente a necessidade de ampliação da compreensão do processo civil quando se observa a formação e desenvolvimento de - no âmbito de ambiente de integrações regionais - fórmulas processuais e procedimentais que merecem um estudo cauteloso, sistemático e evolutivo.

A integração entre países com o objetivo de alcançar objetivos comuns resulta necessariamente, dentro do sistema jurídico resultante desta integração, na construção de soluções processuais aptas a oferecer respostas às controvérsias normativas e/ou institucionais resultantes da vivência da associação comunitária de países.

Tendo em conta tais premissas, sendo possível enxergar no âmbito do processo civil internacional os mecanismos processuais transnacionais ou supranacionais construídos em ambientes de integração, torna-se imperioso destacar neste contexto o nível evolutivo do que se convencionou chamar de contencioso comunitário europeu, que é aquele construído no âmbito da União Européia, esta que, nos dias de hoje, é o resultado do mais intenso, duradouro e complexo processo de integração entre países.

Nesse contexto, a União Européia é paradigma indiscutível no campo do direito internacional da integração não só por ter instituído a forma embrionária de convergência duradoura de interesses entre Estados, como também por

alcançar estágio revolucionário de integração econômica, política, monetária, jurídica e institucional.

A construção de um direito comunitário e supranacional como consequência direta e necessária de desenvolvimento da União Européia promoveu um rompimento de dogmas jurídicos seculares, sobretudo no que se refere à relativização da soberania dos Estados e convivência recíproca, paralela e concomitante de ordens jurídicas distintas: ordem jurídica interna e ordem jurídica supranacional.

O direito comunitário, certamente, conferiu novas perspectivas ao direito internacional público e ao direito constitucional, haja vista que o sistema jurídico tradicional teve que, paulatinamente, se adaptar ao novo e complexo modelo jurídico inaugurado.

A formação da União Européia fundou-se primordialmente na consistente construção de uma ordem jurídica comunitária autônoma, complexa e absolutamente inovadora cujo desiderato principal é regular as relações recíprocas entre os cidadãos europeus, entre os Estados-membros e a União Européia e entre as próprias instituições criadas por aquela ordem jurídica.

Dentre as instituições criadas originariamente pelo Direito Comunitário europeu, o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) – denominação dada pelo recente Tratado de Lisboa - destaca-se por ser o pilar institucional da União Européia instituído para garantir “o respeito do direito [comunitário] na interpretação e aplicação dos Tratados [TFUE¹ e TUE²]” – art. 19^a do Tratado da União Européia.

Não seria excesso afirmar que o fortalecimento da União Européia foi acentuadamente determinado pela rigorosa e exitosa atuação do TJUE que assegurou a vigência, validade e efetividade do ordenamento jurídico

¹ Tratado de Funcionamento da União Européia.

² Tratado da União Européia.

comunitário afastando, para tanto, as normas comunitárias derivadas³ com ele incompatíveis, apontando a adequada interpretação das normas comunitárias, e reconhecendo a incompatibilidade do ordenamento interno dos Estados membros, garantindo assim, como resultado, a uniformidade na interpretação e aplicação do direito comunitário.

Para ser efetivo, como todo ordenamento jurídico, o direito comunitário instituiu um Tribunal de Justiça com o objetivo de fiscalizar o cumprimento das normas do direito comunitário por meio de mecanismos e instrumentos processuais concebidos especificamente para a tutela daquele ordenamento jurídico supranacional.

É nesse contexto que aparecem as ações e incidentes de competência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sendo a ação por incumprimento uma delas, todas com a intenção de auxiliar o TJUE a cumprir a missão para a qual foi instituído, qual seja, garantir a interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário em todos os Estados-Membros, a fim de se obter igualdade na aplicação das normas jurídicas comunitárias.

Os artigos 19 do TUE e 251º a 281º do TFUE, a pretexto de desenhar o perfil institucional do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, informam também - ainda que não nominalmente – ações e incidentes que integram a esfera de competência jurisdicional originária do Tribunal, espectro normativo inserido nos Tratados entendido por contencioso comunitário europeu (processo civil internacional lato sensu).

Especificamente quanto às ações previstas na competência jurisdicional originária do Tribunal, os artigos 258, 259 e 260 do TFUE disciplinam o processamento da chamada ação por incumprimento que se revela cabível todas as vezes em que “*um Estado-membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados [...]*” – art. 258 do TFUE.

³ Aquelas produzidas pelas instituições europeias por meio do processo de produção normativa da União Europeia, processo este que é detalhadamente disciplinado no TFUE.

A despeito da vagueza dos dispositivos, que não oferecem uma visão completa de todos os aspectos do instituto, observa-se que a ação por incumprimento tem por finalidade assegurar a validade e a efetividade das normas comunitárias mediante a declaração pelo TJUE de situações desconformes com o ordenamento jurídico comunitário e a tentativa de restituição da legalidade comunitária.

A certificação da ilegalidade comunitária constante no acórdão do TJUE, notadamente, exige a implementação de técnicas adequadas e eficazes para garantir o cumprimento e execução do quanto estiver disposto naquele provimento jurisdicional.

É o objetivo do estudo que se pretende desenvolver: estudar a ação por incumprimento com o foco na proposta de implementação da técnica do diálogo cooperativo em seu procedimento, visando a aperfeiçoar a jurisdição comunitária europeia com o incremento de seu potencial de realização e efetivação dos direitos previstos no direito comunitário.

Feitas essas considerações, e se é verdade que o modelo comunitário europeu é inequivocamente uma referência aos processos de integração econômica, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento do Mercosul, e se também é certo que as ações e incidentes previstos na competência originária do TJUE exercem papel fundamental no adequado funcionamento da comunidade europeia; correta será então a constatação acerca da substancial relevância da análise de instrumentos processuais previstos na União Europeia, com o fito de entender a sua dinâmica e essência, compreender sua eficácia para manter a higidez da integração consolidada e, por fim, buscar seu aperfeiçoamento.

Estudos aprofundados a respeito dos instrumentos processuais do contencioso comunitário europeu não só iniciam o processo de consolidação da visão lato sensu do processo civil internacional, como também, e sobretudo, apresentam-se extremamente relevantes na medida em que o projeto de Protocolo Constitutivo do Tribunal de Justiça do Mercosul (TJM), está sob iminente análise dos países do Mercosul, com discussões perante o Parlamento do Mercosul.

A respeito do projeto de constituição do TJM, é importante se dizer que a exposição de motivos do projeto reconhece que a criação da Corte representa a consolidação jurídica e institucional do processo de integração do Mercosul, tendo a proposta como base as experiências do direito comunitário comparado, dentre eles, o da União Européia.

Ademais, o corpo do projeto prevê a instituição entre as competências do TJM da ação por incumprimento, que poderá assumir feições extremamente parecidas com o regime jurídico dispensado à ação por incumprimento prevista no TFUE.

Sendo assim, o tema a ser desenvolvido terá por objeto central a verificação, no âmbito da ação por incumprimento, da existência ou não de um diálogo cooperativo a ser promovido entre o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) e a jurisdição nacional dos Estados membros, diálogo este que deve ter por finalidade elevar o grau de efetividade do direito comunitário, facilitando, com isso, o exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos da integração.

Sendo assim, para o maduro desenvolvimento do tema central apresenta-se relevante inicialmente a compreensão do direito processual comunitário (contencioso comunitário) como fator importante na integração européia, e o posterior enquadramento da ação por incumprimento neste contexto.

Será necessário também apresentar a ação por incumprimento com os detalhes e especificidades necessários a contribuir não só para a identificação da peculiaridade da concepção de sua formatação procedimental como também para aferir se ele é capaz de conferir a máxima realização possível do quanto estiver certificado no contencioso do incumprimento.

A partir de então, a abordagem terá como foco a ação por incumprimento, sobretudo seu objeto de controle e a finalidade do procedimento do incumprimento dentro do contencioso europeu da legalidade.

A noção de incumprimento mostra-se assim extremamente relevante para se entender toda a extensão do instituto que estará sendo estudado. Por tal razão, ciente da noção de incumprimento, a apresentação do parâmetro de controle a ele relacionado revelará o âmbito e o conteúdo do bloco de legalidade que se pretende tutelar com a instituição do procedimento estudado.

Quando do estudo efetivo do procedimento, pretende-se demonstrar como o procedimento da ação por incumprimento foi concebido, buscando-se apresentar os pontos que marcam cada uma de suas fases ou etapas.

O estudo procedimental encerra na análise do provimento jurisdicional decorrente da ação por incumprimento, qual seja o acórdão proferido pelo TJUE cuja natureza e conteúdo serão revelados sem que sejam esquecidos os efeitos produzidos pelo acórdão que declara o incumprimento e a sua capacidade de atingir a finalidade almejada pelo procedimento instituído.

A apreciação da existência de eventual déficit na efetividade da ação por incumprimento, cujo procedimento para ele contribui, conduzirá o estudo à segunda parte da pesquisa, que apresentará proposta de diálogo fundado na cooperação jurisdicional entre o TJUE e a jurisdição nacional dos Estados-membros como um possível fator para elevar o grau de efetividade da ação por incumprimento, harmonizando-o com a idéia da integração que valoriza a participação dos Estados-membros.

Observar-se-á que o princípio da cooperação é fundamental na estrutura jurídica da União Europeia o que leva a tentar identificar a correspondência e materialização deste princípio, sob a forma do diálogo na esfera jurisdicional por intermédio das ações e dos recursos previstos no contencioso comunitário⁴.

Neste contexto, inicia-se a distinção entre diálogo expresso e o diálogo implícito. Relativamente ao primeiro, apresenta-se o reenvio prejudicial (art.

⁴ MARGARIDO, Renata Chambel. **O pedido de decisão prejudicial e o princípio da cooperação jurisdicional**. In: Working Paper 8/99, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n. 8, 1999, p. 1-65.

267 do TFUE⁵) como expressão mais contundente e concreta do princípio da cooperação consubstanciado em diálogo expresse e formalmente institucionalizado no TFUE.

Em seguida, o que se apresenta de mais evidente a respeito do mencionado diálogo implícito são alguns acórdãos paradigmáticos proferidos pelas altas cortes dos Estados-membros, em sua maioria provenientes das Cortes Constitucionais, que além de revelar a tensão existente entre o TJUE e as jurisdições nacionais promovem – ainda que implicitamente – um diálogo com o TJUE que se vê forçado a absorver as ‘mensagens’ enviadas pelas Cortes dos Estados-membros.

Diante do que se apresentou, a pesquisa tenta diagnosticar a possível incorporação do princípio da cooperação concretizado em diálogo formal entre o TJUE e as jurisdições nacionais dos Estados-membros, no âmbito da ação por incumprimento, ponderando sobre a sua existência e os fundamentos que o justificariam no âmbito daquele procedimento.

A pesquisa segue seu desenvolvimento com o intuito de mostrar como se daria o diálogo proposto na ação por incumprimento e em que momento de seu procedimento; sem deixar de apontar, ao final, os fundamentos jurídicos específicos que justificariam a instituição de um diálogo cooperativo e expresse entre o TJUE e as jurisdições nacionais no âmbito da ação por incumprimento.

Em síntese, o objetivo final do trabalho é o de verificar se a formalização da técnica processual do diálogo expresse entre o TJUE e as jurisdições nacionais

⁵ Artigo 267º - TFUE: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

dos Estados-membros no âmbito da ação por incumprimento teria o condão de, em alguma medida, elevar o grau de efetividade da tutela jurisdicional comunitária instrumentalizada por aquela ação alcançando os objetivos visados pela ação estudada, bem como contribuindo para uma maior realização dos direitos.

Em igual medida, busca-se demonstrar que a implementação do diálogo cooperativo na ação por incumprimento torna este mecanismo processual mais adequado e harmônico com as premissas fundamentais da integração.

2. ANOTAÇÕES SOBRE O CONTENCIOSO COMUNITÁRIO EUROPEU

2.1. Contencioso Comunitário no contexto da União Européia

A integração dos países do continente europeu vem se desenvolvendo progressivamente desde os anos 50⁶ mediante a constituição de Comunidades⁷ (CECA, CEE, CEEA, etc.⁸) autônomas e de convivência paralela, importando na formação de três distintas organizações internacionais européias, cada uma delas com sua própria personalidade jurídica, suas próprias instituições, espaços de atividade e competência conforme seu Tratado instituidor.

A formação dessas Comunidades, cujas bases originárias estão no Direito Internacional Público⁹, resultou na criação de uma ordem jurídica autônoma¹⁰

⁶ Em 1951, seis países europeus, sendo eles, Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, criaram, como o primeiro grande e concreto passo à integração européia, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), constituída pelo Tratado de Paris, assinado em 18 de abril de 1951, e que entrou em vigor em 24 de julho de 1952, com duração limitada a 50 anos.

⁷ "O conceito de Comunidade, valorizando a ideia de solidariedade e de coesão entre os seus membros, como espelho da prevalência dos interesses que são comuns a eles sobre os interesses que os separam, impõe um poder integrado, que seja simultaneamente, a expressão das referidas ideias de solidariedade e de coesão e o modo de afirmação destas, e que se traduza em relações de subordinação entre a Comunidade e os seus membros, melhor, subordinação dos Estados membros da Comunidade em relação à Comunidade". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 183 – 184.

⁸ Verifica-se a integração de um maior número de setores econômicos além do carvão e do aço, o que resultou no surgimento, em 1958, da Comunidade Econômica Européia (CEE) - e da Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa ou EURATOM), efetivamente criadas pelos Tratados de Roma que foram assinados em 25 de março de 1957, entrando em vigor em 01 de janeiro de 1958, desta vez com vigência ilimitada.

⁹ "[...] o Direito Comunitário nasceu do Direito Internacional. [...] embora tenha nascido do Direito Internacional Público, e embora mantenha, através dos Tratados institutivos da União e das Comunidades, esse cordão umbilical com o Direito Internacional, o Direito Comunitário foi ganhando, como veremos, a sua estrutura própria, que no plano dogmático, quer no plano científico". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 323.

¹⁰ Nesse sentido: ARBUET-VIGNALI, Heber. **Teoria Geral da integração econômica e sistemas jurídicos comunitários**. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília: V. 1, n. 2, mai/ago, 1997, p. 3; ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 99; BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 94; AHLF, Loretta Ortiz. **Derecho Comunitario y Derecho Internacional**. In: Revista de derecho de la Unión Europea, Nº. 4, 2003, p. 11; e CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 27-28.

com características muito peculiares¹¹ essencialmente distintas do direito internacional clássico¹².

O traço distintivo conferido às Comunidades europeias e sua ordem jurídica, está refletido na acentuada transferência de competências promovida pelos Estados-membros em favor do órgão internacional¹³, método este que assumiu um molde jurídico do tipo supranacional¹⁴.

Cabe observar que a materialização deste método de integração (*supranacional*) desenvolveu-se por meio da constituição de Comunidades (CECA, CEE e CEEA), sendo esta a razão pela qual se utiliza o qualificativo “*comunitário*” para designar quase tudo que provém ou pertence àquelas Comunidades.

Exemplo disso é o chamado “*direito comunitário*”¹⁵, que é a expressão jurídica das Comunidades – estas que atualmente foram absorvidas pela União

¹¹ Na visão de BORCHARDT, tais características peculiares seriam a estrutura institucional, a transferência de competências, a criação de ordem jurídica própria, a aplicabilidade direta do direito comunitário e o primado do direito comunitário. BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 24.

¹² “De facto, o Direito Internacional clássico e, portanto, a Teoria Geral dos Tratados Internacionais, não conseguem explicar traços essenciais do Direito Comunitário: por exemplo, a aplicabilidade directa de algumas das suas normas e de alguns dos seus actos na ordem interna dos Estados membros; o primado do Direito Comunitário sobre os Direitos nacionais, tal como a jurisprudência comunitária o construiu com a aceitação, hoje pacífica, dos tribunais constitucionais; em suma, o fenómeno da subordinação, que, como vimos, se encontra no âmago do conceito de integração, e que leva ao nascimento de um poder político integrado na titularidade das Comunidades”. QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 330. Ainda nesse sentido: AHLF, Loretta Ortiz. **Derecho Comunitario y Derecho Internacional**. In: Revista de derecho de la Unión Europea, Nº. 4, 2003, p. 12; e em sentido próximo: AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 218.

¹³ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 43; BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 7; e QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 220.

¹⁴ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 127.

¹⁵ É sabido que as expressões “direito comunitário”, “instituições comunitárias”, dentre outras adjetivadas pelo termo “comunitário(a)”, têm por referência, como origem, a própria existência das Comunidades Europeias (CECA, CEEA, CE [ex-CEE]). Todavia, mesmo com o alargamento das competências da União Europeia, envolvendo espaços não relacionados às Comunidades como eram os segundo e terceiro pilares da União Europeia criada pelo Tratado de Maastricht, a referência ao termo “comunitário” a tudo o que se relacionava diretamente àquele modelo de integração tornou-se comum, embora, ao que parece, tecnicamente equivocado. Assim, com o fim das Comunidades promovido por Lisboa não se apresentaria mais adequado utilizar a expressão “comunitário”. LUISA DUARTE, ao questionar a atual pertinência do adjetivo ‘comunitário’, chega a sugerir a expressão ‘Direito da União Europeia’ como alternativa

Européia¹⁶. O direito comunitário seria então, grosso modo, o conjunto¹⁷ da ordem jurídica originária e secundária, englobando, portanto, respectivamente, tanto os Tratados que deram origem à integração europeia como também as normas jurídicas produzidas pelas instituições europeias¹⁸.

Nesse contexto, é certo que a ordem jurídica comunitária não é dotada apenas de normas de direito material, sendo necessária também a presença de normas comunitárias de natureza processual, que representarão a expressão adjetiva, procedimental e processual da ordem jurídica comunitária europeia.

Esta feição processual do direito comunitário é conhecida por '*contencioso comunitário*'¹⁹.

tecnicamente mais adequada ao que se convencionou chamar de 'Direito Comunitário'. (DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 30-31). Apesar do questionamento formulado pela doutrinadora portuguesa, segue ela utilizando o adjetivo 'comunitário' no curso de sua obra. De qualquer modo, abstraindo-se às críticas ao adjetivo 'comunitário', no curso deste trabalho, a expressão será utilizada aproveitando-se de seu sentido tradicional capaz de remeter o leitor às específicas características da integração desenvolvida no espaço europeu.

¹⁶ O processo de integração europeu avançou em uma nova etapa que resultou na ratificação completa do Tratado de Lisboa, cuja assinatura ocorrera em 13 de dezembro de 2007, entrando em vigor em 01 de dezembro de 2009, após a última ratificação realizada pela República Tcheca. O Tratado de Lisboa deu origem a uma profunda reforma na ordem jurídico-institucional da União Europeia, como há muito tempo não se via desde o Tratado de Maastricht de 1992. A respeito da absorção das Comunidades pela União Europeia: LUZARRAGA, Francisco Aldecoa; LLORENTE, Mercedes Guínea. **El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto**. In: Real Instituto Elcano. Documento de Trabalho nº 9/2008, 20.02.2008, p. 2;18. Disponível em: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/Elcano_es/contextos_DT/contexto%20DT%202008. Acesso em 29.06.2010; AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 213. Para uma visão mais profunda e detalhada sobre as disposições do Tratado de Lisboa e as modificações substanciais no contexto da integração europeia: DOUGAN, Michael. **The Treaty of Lisbon: Winning Minds, Not Hearts**. In: Common Market Law Review, n. 45, 2008, p. 617-703. Importante esclarecer que a originária CEE (Comunidade Econômica Europeia), foi transformada em CE (Comunidade Europeia) pelo Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia) de 1992. Por sua vez, a CECA - nos termos da nota de rodapé 1 – extinguiu-se automaticamente em 2002, por ter sido criada pelo prazo limitado de 50 anos. Já a CEEA (Comunidade Europeia de Energia Atômica) não foi extinta com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. A sobrevivência da CEEA pode ser constatada pelas referências constantes na Declaração nº 54 da República Federal da Alemanha, da Irlanda, da República da Hungria, da República da Áustria e do Reino da Suécia, declaração esta que está anexa à ata final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, na Declaração nº 63 do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte sobre a definição do termo 'nacionais', também anexa àquela ata final anteriormente citada, e, por fim, nas explícitas referências à CEEA constantes nos preâmbulos e textos dos protocolos anexos ao Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

¹⁷ PITTA E CUNHA chama esse bloco normativo de "*bloco legislativo da Comunidade*". CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 48.

¹⁸ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 44.

¹⁹ Nos dizeres de LUISA DUARTE: "[...] vemos o Contencioso Comunitário como a expressão própria da vertente adjetiva ou processual deste ordenamento [Direito comunitário]. Sublinhe-se que a origem

2.2. Conceito de Contencioso Comunitário

A delimitação semântica e conceitual do contencioso comunitário é relevante para viabilizar, em momento posterior, a compreensão do espaço em que está inserido a ação por incumprimento, que será estudada no presente trabalho.

Convém então questionar o que vem a ser o Contencioso Comunitário? Quais fenômenos processuais e procedimentais encontram-se albergados por esse conceito?

Certo é que a viabilização dos objetivos pretendidos pelos autores dos Tratados que deram origem à integração europeia dependia fortemente da instituição e formatação de mecanismos aptos a garantir a tutela efetiva da ordem jurídica comunitária²⁰.

Para tanto, optou-se - desde o início da integração²¹ - por submeter a tutela da ordem jurídica comunitária ao controle, interpretação e aplicação de um órgão

pretoriana de uma parte significativa dos princípios basilares da ordem jurídica da União e das Comunidades Europeias em nada debilita a distinção [...] entre, por um lado, Direito Comunitário Institucional e Material e, por outro lado, Direito Comunitário Processual". E ainda: "[...] o Contencioso Comunitário não é [...] um ramo do Direito, mas uma parte que integra o tronco comum da grande árvore juscomunitária". DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 35 e 36. Ainda: "A par da expressão mais corrente de Contencioso Comunitário, encontramos na doutrina a adesão a designações diferentes como: Direito Processual Comunitário, Direito Judiciário Comunitário, Proteção Judicial nas Comunidades Europeias ou Justiça Comunitária. Por detrás destas expressões topamos com modos distintos de ver e abordar o fenómeno da aplicação jurisdicional do Direito Comunitário. Alguns Autores preferem valorizar a relação de pertença desta disciplina ao Direito Processual e, consequentemente, tratam as vias de direito de uma perspectiva de desenvolvimento processual. [...] Por nós, a expressão mais adequada seria a de Justiça Comunitária, porquanto ela inculca a ideia primordial da garantia da justiça no quadro comunitário através do exercício da função jurisdicional; ideia que [...] pressupõe [...] a componente processual e organizatória com a componente funcional, relativa às vias de Direito. [...] A fórmula Contencioso Comunitário é, igualmente, compatível com esta concepção e será, porventura, mais neutra do ponto de vista político. Admitimos que a expressão Justiça Comunitária possa ter uma conotação federal, baseada na identificação da função judicial como uma função típica do Estado". DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 42-43.

²⁰ "Os autores dos Tratados conceberam uma ordem jurídica fortemente integrada. É evidente que a aplicação da referida ordem não poderia prescindir da existência de meios de tutela jurídica susceptíveis de assegurar o seu respeito e a sua coerência. Assim a jurisdição obrigatória do Tribunal está fundamentalmente ligada à salvaguarda da ordem jurídica comunitária". BERGERÈS, Maurice-Christian. *Contencioso comunitário*. Porto: Resjuridica, 1997, p. 37.

²¹ "A existência de uma justiça comunitária [...] ficou garantida com o primeiro tratado que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e celebrará este ano o notável feito de meio século de jurisdição". DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 36-37. Eis o texto originário no Tratado de Paris:

jurisdicional, o atual Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE)²². Adotou-se claramente uma solução jurisdicional para as questões e controvérsias jurídicas decorrentes da integração²³.

Mais especificamente, no que diz respeito ao conteúdo do contencioso comunitário, e visando uma melhor abordagem do ponto de vista didático, é possível constatar até quatro elementos formativos da noção do contencioso comunitário²⁴: (i) elemento material; (ii) elemento orgânico; (iii) elemento processual e (iv) elemento funcional.

Tais elementos são ressaltados na doutrina não só com o objetivo de estabelecer o próprio conteúdo do contencioso comunitário, mas também visando realçar características inerentes ao direito processual da União Européia.

A noção de contencioso comunitário fundada no elemento material confere relevância à resolução de litígios cuja relação jurídica base tem por fundamento uma norma jurídica comunitária. Ou melhor, ele "*designa o conjunto de litígios cuja resolução convoca a aplicação de normas comunitárias*"²⁵.

A simples aplicação de normas comunitárias na resolução de litígios concretos representaria o elemento material do contencioso comunitário. Essa acepção, para caracterizar o contencioso comunitário, adota o critério da espécie de norma jurídica (comunitária ou nacional) a ser utilizada na resolução de conflitos.

“Art. 7º. As instituições da Comunidade são: [...] um Tribunal de Justiça, a seguir denominado ‘o Tribunal’”. Sendo mais pormenorizadamente detalhado nos artigos 31 ao 45 do citado Tratado de Paris, que instituiu a CECA.

²² Art. 13, 1, do Tratado da União Européia – após reforma de Lisboa.

²³ Uma das justificativas apontadas para a eleição da solução jurisdicional no âmbito da União Européia é a intenção dos autores dos Tratados de reproduzir no bojo da integração, instituições e características típicas de um Estado de Direito: BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 8. Com ênfase na originalidade do contencioso comunitário: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 285; e, em sentido próximo: RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **A solução jurisdicional**. In: Revista CEJ. V. 1, n. 2, mai./ago. 1997. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/98/141>. Acesso em: 01.07.2010.

²⁴ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 45.

A partir desta visão estreita do termo 'contencioso', afirma BERGERÈS:

*"entendendo-se por contencioso ao exame dos processos de natureza jurisdicional que permitem resolver os diferendos", deve-se necessariamente entender "[...] por contencioso comunitário o estudo dos litígios que podem ser resolvidos mediante a aplicação do direito comunitário"*²⁶.

Esta visão limita o alcance do contencioso comunitário já que exclui do seu âmbito conceitual as manifestações processuais que tem por objeto uma norma jurídica comunitária, mas não estão necessária e diretamente relacionadas a um litígio concreto, como é o caso do reevio prejudicial²⁷.

Outro elemento do contencioso comunitário seria o elemento orgânico que é formado pelas *"[...] vias de direito e as regras de processo aplicáveis perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias"*²⁸.

O traço marcante deste elemento seria a estrutura jurisdicional – no caso, o TJUE – perante a qual se desenvolvem os procedimentos e vias processuais comunitárias.

O elemento orgânico é analisado pela doutrina de duas maneiras. O sentido estrito²⁹ caracteriza-se pelo estudo dos mecanismos processuais em que se desenvolve o processo (ações, recursos e distribuição de competência) perante

²⁵ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 45.

²⁶ BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 5.

²⁷ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 45. Ainda: "Na realidade, por razões simultaneamente de ordem prática e metodológica, não é possível adoptar o critério material da definição de 'contencioso comunitário'. Com efeito, tendo em conta a sua particularidade essencial que é de ser invocável em justiça pelos sujeitos de direito cuja situação regula, o juiz comunitário de direito comum é o juiz nacional". BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 6. Neste sentido: Processo TJUE nº 46/75, de 27 de janeiro de 1976, IBC, Importazione Bestiame Carni srl v. Commission of the European Communities.

²⁸ BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 5 e BIAVATI, Paolo. **Europa e processo civile: metodi e prospettive**. Torino: G. Giappichelli, 2003, p. 2.

²⁹ BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 7.

o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), constituído, basicamente, pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral³⁰ e os tribunais especializados³¹.

Já sob o ponto de vista amplo do elemento orgânico, LUISA DUARTE inclui também na estrutura de tutela jurisdicional do direito comunitário, os tribunais nacionais – juízes comunitários de direito comum³² - sem considerá-los, contudo, tribunais organicamente comunitários³³.

Ou seja, a atuação jurisdicional dos tribunais nacionais orientada a aplicar regras de direito comunitário em demandas ajuizadas pelos particulares dos Estados-membros os quais invocam a aplicação de uma norma jurídica comunitária a determinado caso concreto, que é base da relação jurídica material deduzida em juízo; também - sob a ótica da doutrina portuguesa - deve ser considerada manifestação do elemento orgânico do contencioso comunitário.

Essa mesma autora vai além, e apresenta outros elementos distintos do material e orgânico, identificando, desta feita, uma concepção estritamente processual do contencioso comunitário.

Nesta esteira, o elemento processual do contencioso comunitário centra-se nos tipos de ações e recursos existentes no âmbito da União Europeia bem como na formatação dos procedimentos, ou seja, na estruturação dos atos processuais, dos princípios regentes e outros³⁴.

³⁰ Antigo Tribunal de Primeira Instância (TPI).

³¹ Tratado da União Europeia (TUE): Artigo 19. 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

³² CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 105.

³³ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 46 e BELLOSO MARTIN, Nuria. **Comunidades Europeas, Union Europea y justicia comunitária**. In: Revista de informação legislativa, v.34, n.133, jan./mar, 1997, p. 278-279.

³⁴ "O processo comunitário contencioso apresenta um conjunto de traços fundamentais que o caracterizam, mas não se distancia muito de certos processos contenciosos internos e, em especial, do processo administrativo contencioso francês". BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 85.

É evidente que tudo o quanto foi dito a respeito do direito processual comunitário tem respaldo em previsões normativas específicas³⁵, previsões estas que disciplinam detalhada e rigorosamente a estruturação dos mecanismos processuais previstos na ordem jurídica comunitária, consubstanciando o elemento processual do contencioso comunitário.

Por fim, relativamente ao elemento funcional, observa-se que o desenvolvimento do contencioso comunitário na União Europeia ocorre no interior de uma estrutura funcional jurisdicional, o que evidencia uma verdadeira separação da função jurisdicional exercida pelo TJUE e as atribuições políticas, desenvolvidas por outras instituições da União Europeia³⁶.

Sendo assim, apresentados os elementos formativos do contencioso comunitário, adere-se a LUISA DUARTE que defende uma noção ampla do contencioso comunitário, nele identificando todos os elementos supra abordados³⁷:

"[...] propomos uma noção ampla de Contencioso Comunitário que torna indispensável, sem, todavia, excluir o elemento material, pressupõe o elemento orgânico e o elemento processual, enquanto inerentes ao exercício da função jurisdicional comunitária, e, finalmente, valoriza o elemento funcional como principal factor de identificação. Contencioso Comunitário é o sistema das formas processuais instituídas pelos Tratados com vista a garantir a aplicação jurisdicional do Direito Comunitário".

³⁵ "O sistema de normas que constituem o direito processual comunitário encontra-se definido, no essencial, por um lado, pelos Tratados e pelo Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça e, por outro lado, na sua dimensão mais desenvolvida, pelo respectivo Regulamento de Processo". DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 47. Ainda: JIMÉNEZ, María del Carmen Díaz. **Principios de derecho procesal comunitário**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

³⁶ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 47 e BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 39.

³⁷ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 49.

Fica claro portanto que o contencioso comunitário tem por finalidade primordial a salvaguarda da ordem jurídica comunitária³⁸, ou seja, do próprio direito comunitário, sendo possível inclusive - diante da diversidade de elementos que o compõem – se afirmar a autonomia do contencioso comunitário sob o ponto de vista metodológico e teórico³⁹.

³⁸ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 23.

³⁹ DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003, p. 36.

3. AÇÃO POR INCUMPRIMENTO NO CONTENCIOSO COMUNITÁRIO EUROPEU

É importante que se compreenda as características do contencioso comunitário para que seja possível situar o mecanismo processual da ação por incumprimento no contexto em que ele pertence.

Como observado, uma das funções primordiais do contencioso comunitário é a salvaguarda/tutela da ordem jurídica comunitária. Para atingir tal finalidade, criou-se no âmbito do direito processual comunitário, competências específicas perante o TJUE e diversos mecanismos processuais que buscam controlar o respeito à legalidade comunitária⁴⁰, dentre eles destaca-se a ação por incumprimento.

E são variadas as possibilidades subjetivas de violação do direito comunitário. Os particulares, as próprias instituições comunitárias e os Estados-membros – todos eles sujeitos de direito do direito comunitário - podem praticar atos contrários à legalidade comunitária ou deixar de realizar condutas exigidas pela ordem jurídica da União Europeia.

Neste sentido, para cada infrator e espécie de infração o direito comunitário apresenta um tipo de solução processual correspondente (multiplicidade de possibilidades)⁴¹, de modo que todos os mecanismos processuais podem atuar

⁴⁰ "Na Comunidade europeia, os procedimentos visam controlar o respeito às regras de direito, que são numerosas e formam um sistema mais complexo do que aquele que é encontrado em muitos dos Estados integrantes". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 40. QUADROS deixa claro que o controle da legalidade comunitária está subordinado a um triplo controle (controle político, controle misto e controle jurídico). No que diz respeito especificamente ao controle direcionado aos Estados-membros, esclarece o doutrinador que este é bifronte: controle comunitário e controle estadual; o que significa dizer que tanto a União Europeia por meio de suas instituições controlam a aplicação e respeito do direito comunitário pelos Estados-membros como também estes mesmos Estados têm o dever respeitar e aplicar corretamente as disposições daquela ordem jurídica supranacional a qual estão submetidos. QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 550 e 552.

⁴¹ "[...] o Tratado não se limita a criar obrigações recíprocas entre os diferentes sujeitos de direito aos quais se aplica, mas estabelece uma ordem jurídica nova que regula poderes, direitos e obrigações dos referidos sujeitos, assim como os procedimentos necessários para fazer constatar e sancionar qualquer eventual violação". Processo TJUE nº 90 e 91/63, de 13 de novembro de 1964, Comissão v. Luxemburgo e Bélgica. Neste mesmo sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito**

de forma descentralizada, mas complementar⁴², com vistas a garantir e a fiscalizar a legalidade da ordem jurídica comunitária.

A partir dessa perspectiva, torna-se fundamental a distinção entre o controle da correta aplicação do direito comunitário *nos e pelos* Estados-membros e o controle da aplicação do direito comunitário *na e pela* União Europeia⁴³.

Em palavras mais precisas, a fiscalização da legalidade comunitária ocorre tanto pelo controle das atividades estatais – inclusive normativas – contrárias à ordem jurídica supranacional, como pelo controle das atividades da União Europeia, devendo ambas estar em consonância com a citada ordem jurídica comunitária⁴⁴.

Sendo assim, a par dessa distinção, o que é relevante para o estudo da ação por incumprimento é saber se ela faz parte dos mecanismos processuais que controlam as atividades dos Estados-membros ou as atividades da União Europeia. Ou seja, se o objeto da tutela deste mecanismo processual está voltado às práticas comissivas ou omissivas que violam o direito comunitário promovidas pelos particulares, pelas instituições comunitárias ou pelos Estados-membros.

constitucional comum europeu. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 40.

⁴² MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 117, 133 e 134; e GOMES, José Luiz Caramelo. **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia**. Lisboa: Almedina, 2006., p. 36.

⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu.** In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 40.

⁴⁴ "[...] los Tribunales de Justicia [...] tienen una doble faceta; la primera, controlan la actividad normativa nacional, es decir, tienen competencias exclusivas para controlar las desviaciones de los derechos internos contrarios a los acervos comunitarios [...]; la segunda, controlan las actividades comunitarias, es decir que es el propio derecho comunitario el que otorga a los Tribunales de Justicia la competencia para controlar las actividades normativas comunitarias [...]". BOZO, Rodrigo Javier Garrón. **Sistema Jurisdiccional andino e europeo.** In: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo II, n. 20052, 2005, p. 741.

3.1. Objeto da ação por incumprimento

Não há dúvidas de que os esforços repressivos da ação por incumprimento estão voltados ao seu objeto de controle por excelência: o comportamento dos Estados-membros.

É o comportamento dos Estados-membros, seja ele omissivo ou comissivo, que está sob fiscalização e censura da instituição comunitária – a Comissão da União Europeia – responsável por velar a aplicação dos Tratados e controlar a aplicação do direito da União⁴⁵.

O que se quer controlar mediante a ação por incumprimento é o comportamento dos Estado-membros consubstanciado em seus atos materiais concretos, nas omissões de conduta, nas normas jurídicas abstratas e concretas; isto é, toda e qualquer manifestação ativa ou passiva dos Estados-membros⁴⁶ é permanentemente fiscalizada para que sempre guardem o maior grau possível de compatibilidade com a ordem jurídica comunitária⁴⁷.

Na visão de BÉRGERES *“é evidente que o não cumprimento das obrigações que incumbem aos Estados por força dos Tratados deve ser sancionado por mecanismos jurídicos eficazes”*⁴⁸.

Basicamente, a ação por incumprimento representa o meio processual comunitário⁴⁹ por meio do qual se viabiliza a constatação de inconsistências e

⁴⁵ TUE – ‘Artigo 17º. 1. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adoptadas pelas instituições por força destes. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia’. “Estreitamente ligada com a função de guardião dos Tratados está a de representante dos interesses comunitários. A Comissão não pode defender outros interesses para além dos da Comunidade”. BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 45. Ainda nesse sentido: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: Revista de Processo, v. 149, 2007, p. 171 e 173.

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 42.

⁴⁷ CARANTA, Roberto. **Judicial protection against Member States: A new jus commune takes shape**. In: Common Market Law Review, V. 32, Issue 3, 1995, p. 703–726.

⁴⁸ BÉRGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 181.

⁴⁹ “Disposizione sul processo comunitario senso stretto”. BIAVATI, Paolo. **Europa e processo civile: metodi e prospettive**. Torino: G. Giappichelli, 2003, p. 14.

incompatibilidades entre a ordem jurídica nacional (incluindo aí sua execução) e a ordem jurídica comunitária.

A constatação/declaração do incumprimento representa a finalidade imediata da ação por incumprimento, sendo certo que a pretensão mediata da demanda, a sua finalidade última extraprocessual⁵⁰, não se resume à mera verificação do incumprimento, mas, sobretudo à reversão da situação desconforme ao direito comunitário com a eliminação definitiva da incompatibilidade detectada, posicionando-se o Estado, novamente, em uma situação conforme com o direito comunitário⁵¹.

3.2. Parâmetro de controle utilizado pela ação por incumprimento

É de se notar que a ação por incumprimento tem sempre seu foco de controle e fiscalização a atuação dos Estados-membros. Atuação esta que necessariamente será colocada em permanente confronto com um parâmetro normativo que será a referência do controle da compatibilidade a ser realizada⁵².

Como bem sintetiza MESQUITA:

⁵⁰ Utiliza-se aqui extraprocessual no sentido de para além ou fora do processo, em contraposição à expressão endoprocessual que remete a modificações de situações jurídicas ocorridas dentro do processo ou decorrentes direta e necessariamente do processo. Quanto à finalidade da ação por incumprimento, ela tem uma vertente última extraprocessual por objetivar uma modificação desejável na situação jurídica constatada no curso da ação, mas não dela necessariamente decorrente, e que só pode ser efetivada no plano material, fora do processo.

⁵¹ “[...] la finalidad última del procedimiento no es imponer una sanción al Estado incumplidor, aunque una solución similar también haya sido recientemente contemplada e incorporada al Tratado, ni tampoco garantizar la protección jurídica del particular que invoca el Derecho comunitario, pues éste dispone ya de otros medios de impugnación ante las administraciones nacionales y ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La finalidad última es hacer que un Estado miembro retorne a una situación conforme con el Derecho comunitario [...]”. PEINADO, Maria Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000, p. 40. Também nesse sentido: SILVA, Karine de Souza. **El Cumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros de la Unión Europea: Alcances y Límites de la Acción por Incumplimiento**. In: Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, V. 9, n. 9, October 2009, p. 6; e SILVA, Karine de Souza. **El control de la aplicación del Derecho Comunitario en la Unión Europea: aspectos destacados sobre el Procedimiento Por Incumplimiento**. In: Revista de Estudios Jurídicos, v. 9, 2010, p. 70-101.

⁵² CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 87.

“Em causa está [na ação por incumprimento], como já se referiu, o comportamento de um sujeito de direito, o Estado membro. E em causa está ainda a apreciação ou valoração desse comportamento. Tal apreciação ou valoração é feita relativamente a um padrão - o do normal funcionamento da ordem jurídica comunitária na perspectiva da eficácia do direito comunitário e da plena prossecução dos objectivos prosseguidos pelas Comunidades. Acrescente-se ainda que aquela apreciação é levada a efeito por um órgão independente, que reveste uma natureza jurisdicional, de acordo com as regras estabelecidas nos artigos que regulam aquele meio contencioso e no respeito das fases aí previstas, até à definição final da situação jurídica objecto da decisão do Tribunal, consubstanciada num acórdão que declara - ou não - o incumprimento⁵³.

O padrão de valoração do comportamento estatal é comumente designado como o bloco de legalidade comunitária⁵⁴. A relevância deste bloco de

⁵³ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 19.

⁵⁴ Neste sentido: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 467; MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 33 e CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 48. Designação mais moderna e claramente influenciada pelo Direito Constitucional vem sendo adotada por alguns doutrinadores, os quais passaram a utilizar – a nosso ver de forma acertada – a expressão bloco de comunitariedade. Neste sentido: BOZO, Rodrigo Javier Garrón. **El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino**. In: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo 2, n. 20072, 2007, p.761-772 - que trabalha apenas a perspectiva do parâmetro de controle das normas comunitárias derivadas; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Sobre a supremacia de uma constituição européia: controle de “comunitariedade” e de constitucionalidade**. In: _____. A constituição européia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional. Porto Alegre: Lumen Juris, 2005, p. 179-196 – que define o controle de comunitariedade como “um mecanismo de garantia de primazia das normas comunitárias sobre os Direitos nacionais dos membros da UE” – p. 171; SEGADO, Francisco Fernández. **El control de “comunitariedad” del ordenamiento interno realizado por el juez nacional y sus consecuencias sobre el sistema constitucional**. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, n.4, 2006, p.129-164; SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006 – que utiliza a expressão “bloco de juridicidade”; e, por fim, MORAL, Antonio José Martí del. **El derecho derivado comunitario y el bloque de la constitucionalidad**. In: Noticias de la Unión Europea, Nº 86, 1992, p. 19-30. Esse bloco normativo assume designação especial nos casos de ingresso de novos Estados-membros na União Européia. Consagrou-se na doutrina e jurisprudência a expressão *acquis communautaire* para designar o conjunto de realizações jurídicas e materiais alcançadas pela integração, as quais devem ser prontamente

comunitariedade, pois, está diretamente associada à constatação do que vem ou pode vir a ser o incumprimento, que reflete a inobservância normativa daquela referência jurídica.

Por essa razão, a compreensão do incumprimento depende necessariamente do entendimento da complexidade e da dimensão do bloco de comunitariedade. Ou seja, é preciso saber quais elementos da ordem jurídica comunitária integram tal bloco normativo, bem como a razão pela qual o ordenamento comunitário se impõe às ordens jurídicas nacionais, a ponto de eventual incompatibilidade ser considerada uma crise normativa no sistema jurídico da integração.

Ademais, a substanciação deste bloco de legalidade apresenta-se relevante não só para a ação por incumprimento, mas também para todo o contencioso comunitário. Isso porque ele servirá de parâmetro de controle tanto na ação por incumprimento, como na apreciação de validade e de interpretação a título prejudicial no reenvio⁵⁵, no recurso de anulação⁵⁶, no recurso por omissão⁵⁷, bem como em todas as outras espécies processuais previstas no contencioso comunitário⁵⁸.

Sendo assim, quais elementos jurídicos compõem o bloco de comunitariedade/legalidade cogitado?

É preciso que se diga que a própria formação do bloco de comunitariedade – ora sob análise – tem participação direta e indireta dos Estados-membros da União Européia, os quais, mais tarde submeter-se-ão ao parâmetro por eles criado - repita-se - direta e indiretamente.

aceitas e absorvidas pelos novos membros. Assim se reporta PITTA E CUNHA ao instituto: "Embora os Tratados expressamente não se lhe refiram, tem-se entendido, já desde o ingresso do Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, que o país candidato deve aceitar o 'acquis communautaire (expressão que tem sido traduzida por forma mais ou menos satisfatória por 'acervo comunitário', ou 'adquirido comunitário') - no qual se integram não apenas os tratados e os actos adoptados pelas instituições comunitárias, como o conjunto das políticas e realizações existentes ao tempo da adesão". CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 111.

⁵⁵ Artigo 19. [...] 3, b do TUE e artigo 267 do TFUE.

⁵⁶ Artigo 269 do TFUE.

⁵⁷ Artigo 265 do TFUE.

⁵⁸ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 467.

Neste sentido, de um ponto de vista inicial, os Estados-membros foram responsáveis pela formação e criação do direito comunitário originário (fonte primária⁵⁹), que é aquele representado pelos Tratados constitutivos da União Europeia (TUE e TFUE)⁶⁰.

O bloco de comunitariedade é então constituído pelo direito comunitário originário/primário⁶¹ e o direito comunitário derivado.

O direito comunitário primário é representado não só pelos Tratados, seus anexos e protocolos⁶² como também pela Carta de Direitos Fundamentais da

⁵⁹ CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 136.

⁶⁰ Hoje União Europeia, mas antes com a criação de cada uma das Comunidades (CECA, CEE e CEEA).

⁶¹ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 58.

⁶² 'Artigo 51º do TUE. Os Protocolos e Anexos dos Tratados fazem deles parte integrante'. Registre-se que as declarações anexadas à Acta final das Conferências Intergovernamentais que aprovam os Tratados instituidores ou reformadores da União Europeia não têm o mesmo valor jurídico vinculativo que os Tratados, não fazendo parte, portanto, do bloco de comunitariedade, seja primário ou secundário. As declarações apenas representam a formalização escrita de opiniões dos Estados-membros que queiram exercer a prerrogativa de manifestá-la, sem que tal manifestação produza qualquer efeito jurídico perante a ordem jurídica comunitária.

União Europeia⁶³, que, dada sua comunitarização em Lisboa⁶⁴, passou a desempenhar função relevantíssima no âmbito da ordem jurídica comunitária⁶⁵.

Não há dúvidas de que as decisões do TJUE que interpretam os tratados⁶⁶ e a carta de direitos fundamentais também integram aquele bloco de comunitariedade originário⁶⁷. Ainda, existem autores que sustentam que alguns princípios não escritos também se inserem no âmbito normativo do bloco de comunitariedade originário⁶⁸.

Dadas essas características do direito comunitário originário, pode-se dizer que *"existe há muito a consciência de que os Tratados europeus, a principiar pelos*

⁶³ Nos termos do primeiro parágrafo n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em Estrasburgo a 12 de Dezembro de 2007 pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão (JO C 303 de 14.12.2007, p. 1) tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. Vale lembrar que o Protocolo n.º 30, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido, afasta a aplicabilidade da Carta aos países citados; não integrando, portanto, para eles, o bloco de comunitariedade relacionado aqueles países. Nota-se que valor jurídico distinto tem a declaração n.º 58 da República Checa sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, justamente por se tratar de manifestação sem nenhum conteúdo jurídico vinculativo, não sendo apto a excluir a Carta de Direitos Fundamentais do bloco de comunitariedade relacionado à República Checa. Aida a respeito da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 148 e LEÓN, Baldomero Oliver. **La Carta de Los Derechos Fundamentales de La Unión Europea en el Debate Constitucional Europeo**. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). n. 119, Enero-marzo, 2003, p. 221-259.

⁶⁴ A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia é resultado de substancial polêmica jurídica vivida no seio da integração a respeito dos direitos fundamentais. Sendo assim, a União Europeia deparava-se em determinado momento com três alternativas de desenvolvimento da tutela dos direitos fundamentais no espaço da União: (i) remissão às tradições constitucionais e internacionais dos Estados-membros; (ii) adesão ao Convênio Europeu para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; ou (iii) conferir à Carta valor jurídico igual ao dos Tratados. Nota-se que a partir da vigência do Tratado de Lisboa a integração europeia optou por duas das alternativas apontadas (ii) e (iii), aderindo à Convenção Europeia de Direitos Humanos e viabilizando a proteção dos direitos fundamentais no âmbito europeu mediante a atribuição à Carta de Direitos Fundamentais do mesmo valor jurídico os Tratados. A respeito do que se expôs sobre as alternativas de tutela dos direitos fundamentais pela União Europeia, veja: BARBERO, Francisco Javier Roldán. **La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo**. In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año n.º 6, N.º 13, 2002, p. 699.

⁶⁵ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 16.

⁶⁶ GORJÃO-HENRIQUES trata a jurisprudência do Tribunal de Justiça como 'fonte auxiliar' do direito comunitário. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário: sumários desenvolvidos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 242.

⁶⁷ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 214.

⁶⁸ BRAVO, Álvaro Sánchez. **La interpretación en el Derecho comunitario europeo: Relevancia de los principios generales del Derecho**. In: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N.º 3, 1993, p. 280, 283-287, 289. Cita o autor os seguintes princípios: Princípios gerais (direito comunitário primário): a) Princípios gerais de direito internacional, b) Princípios gerais próprios do direito comunitário (Princípios constitucionais, Princípios económicos, Princípios técnicos jurídicos [igualdade ou não discriminação, liberdade, solidariedade, unidade, unidade funcional da comunidade, ordem pública comunitária, preferência comunitária, interesse público comunitário, prioridade do direito comunitário e imediatidade]), c) Princípios gerais dos direitos nacionais e d) Princípios gerais de direito em geral.

de Paris (CECA) e de Roma (CEE), já se configuravam como integrantes de uma 'constituição' europeia tomada em sentido material (não já em sentido formal)"⁶⁹.

Em outro nível, complementando o bloco de comunitariedade da União Europeia, tem-se o direito comunitário derivado⁷⁰, tendo em vista que deriva do direito originário extraíndo dele seu próprio fundamento de validade⁷¹.

Tais fontes secundárias⁷² de direito comunitário são constituídas pelas normas jurídicas produzidas no âmbito da União Europeia, sobretudo as provenientes do processo institucional de criação e adoção de normas jurídicas.

Os artigos 288 e 289 do TFUE são absolutamente esclarecedores a respeito das espécies normativas derivadas da União Europeia, bem como dos tipos de processos legislativos que lhes dão origem:

Artigo 288.º

Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados- Membros.

⁶⁹ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 120. Ainda versando sobre a narrativa constitucional instaurada pelo TJUE para interpretar o direito comunitário: "It was only in 1986, followed by the decision in 1991, that the Court explicitly proclaimed the Treaty the basic Constitutional charter of the Community. These two decisions combined with the pre-existing scholarly constitutional enthusiasm then marked the heyday of the classical constitutional narrative". AVBELJ, Matej. **Questioning EU Constitutionalisms**. In: German Law Journal, Vol. 9, No. 1, March 2008, p. 4.

⁷⁰ "No direito comunitário e da União, parece lógico que se distinga entre o direito que criou e moldou (e configura) as Comunidades e a União Europeia, [...] e aquele direito que é criado no dia-a-dia da vida das Comunidades e da União pelos órgãos previstos nos tratados e com o propósito de realizar os objectivos naqueles instrumentos assinalados". GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário: sumários desenvolvidos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 211.

⁷¹ BOZO, Rodrigo Javier Garrón. **El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino**. In: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo 2, n. 20072, 2007, p.761 e BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 58 e 59.

⁷² CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantier Talleres Gráficos, 1966, p. 137.

A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

Artigo 289.º

1. O processo legislativo ordinário consiste na adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão. Este processo é definido no artigo 294.º
2. Nos casos específicos previstos pelos Tratados, a adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão pelo Parlamento Europeu, com a participação do Conselho, ou por este, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo especial.
3. Os actos jurídicos adoptados por processo legislativo constituem actos legislativos.
4. Nos casos específicos previstos pelos Tratados, os actos legislativos podem ser adoptados por iniciativa de um grupo de Estados-Membros ou do Parlamento Europeu, por recomendação do Banco Central Europeu ou a pedido do Tribunal de Justiça ou do Banco Europeu de Investimento.

Como já alertado quando tratávamos do direito comunitário originário, as decisões do TJUE que interpretam e aplicam o direito comunitário derivado também integram o bloco de comunitariedade.

De forma bastante ampla, e como realmente deve ser, MOTA DE CAMPOS entende integrar o bloco de comunitariedade, além de todas aquelas

referências já feitas, “*qualquer norma decorrente das diversas fontes de direito comunitário*”⁷³.

Destarte, a respeito do bloco de comunitariedade – ora dissecado em seu aspecto primário e secundário (originário e derivado) – é de se ter em conta que toda a ordem jurídica comunitária bem como toda e qualquer manifestação dessa ordem jurídica deve ser interpretada como parte integrante de um padrão normativo que será referência para o controle do comportamento dos Estados-membros.

Nesta esteira, “*o incumprimento resulta da violação de qualquer norma ou princípio que integre a ordem jurídica comunitária*”⁷⁴, ou seja, “*o incumprimento corresponde à violação de qualquer norma ou princípio, com carácter vinculativo, do amplo arsenal jurídico da ordem comunitária*”⁷⁵. É justamente do confronto entre o comportamento estatal e a ordem jurídica comunitária, ou melhor, do juízo de compatibilidade decorrente deste confronto que surge a noção de cumprimento ou incumprimento.

A ação por incumprimento, portanto, assume a função de instrumentalizar o controle da compatibilidade dos atos estatais em relação a toda a ordem jurídica comunitária, viabilizando então a identificação pelo e perante o TJUE da existência ou não do incumprimento⁷⁶.

⁷³ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 214.

⁷⁴ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 214.

⁷⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 219.

⁷⁶ A ação por incumprimento é portanto “[...] la ultima ratio que permite hacer prevalecer los intereses consagrados en los Tratados contra la pasividad y la resistencia de los Estados miembros”. PEINADO, María Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000, p. 40. “[...] alguns entendem que aquela [ação por incumprimento] se aproxima mais de um contencioso da legalidade. Como refere R. Joliet, ‘(...) o processo dos artigos 169º e 170º CEE assemelha-se a um contencioso da legalidade cujo objeto principal é a apreciação da regularidade dos actos estatais em relação ao direito comunitário’”. MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 26. PEINADO, com o mesmo entendimento, acrescenta que a ação por incumprimento assume um carácter objetivo. PEINADO, María Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000, p. 40.

Em última análise, vale frisar que os Estados-membros da União Européia assumiram inúmeras obrigações inscritas nos Tratados, comprometeram-se a se submeter às diversas normas gerais e particulares produzidas pelas instituições comunitárias, e também instituíram uma instância jurisdicional exclusiva e com funções muito bem delimitadas para tutelar a ordem jurídica comunitária; tudo a indicar a necessidade extrema de imprimir efetividade e uniformidade substancial à integração européia, viabilizando assim a assunção dos objetivos desejados⁷⁷.

3.3. Fundamento teórico-jurídico do controle exercido pela ação por incumprimento: o primado e a aplicabilidade direta

Ciente de tudo isso, a questão que se coloca é a de saber o que justifica a possibilidade de controle das ordens jurídicas nacionais pela ordem jurídica comunitária, ao ponto de instituições supranacionais interferirem na soberania de Estados-membros, com a utilização de parâmetro de controle distinto da norma constitucional de cada Estado-membro.

Os Estados-membros têm um dever geral de aplicar as normas comunitárias⁷⁸. E mais do que isso, eles têm o dever de não praticar qualquer ato e produzir qualquer norma contrários ao direito comunitário, ou omitir qualquer comportamento por ele exigido.

A sustentação teórica desse dever, para além das obrigações assumidas nos Tratados, encontra-se na fórmula da primazia do direito comunitário em relação ao direito nacional e da aplicabilidade direta do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros.

⁷⁷ Em sentido próximo: PEINADO, Maria Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000, p. 37; e QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 400.

⁷⁸ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 353.

Ambos princípios são caracterizados como vetores funcionais supranacionais básicos⁷⁹, por representarem as mais relevantes engrenagens de funcionamento exitoso do direito comunitário e da União Europeia. Tais princípios decorrem da especial natureza do direito comunitário, e consistem em uma exigência existencial daquela ordem jurídica⁸⁰.

O princípio do primado e o princípio da aplicabilidade direta são fruto de dois julgamentos históricos do TJUE (então TJCE) nos anos 60, respectivamente: *Flaminio Costa v, E.N.E.L* (Processo TJUE nº 6/64, de 15 de julho de 1964) e *Van Gend & Loos v, Netherlands Inland Revenue Administration* (Processo TJUE nº 26/62, de 5 de fevereiro de 1963); cujos fundamentos criaram as sólidas fundações jurídicas sobre as quais se edificou o edifício do direito comunitário, bem como o projeto de integração europeu.

Mediante a interpretação das disposições dos Tratados⁸¹ - que, na hipótese daqueles processos, chegaram até o Tribunal por meio do mecanismo do reenvio prejudicial – o Tribunal concluiu que careceria de sentido jurídico aceitar-se que após a formação da entidade supranacional europeia e a assunção de direitos e deveres pelos Estados-membros, toda a base jurídica construída pudesse ser destruída por meio de uma simples medida unilateral posterior praticada por qualquer dos Estados-membros⁸².

Diferentemente da solução dada ao conflito entre uma norma internacional clássica e o direito nacional, em que a prevalência de uma ou de outra resolve-se com base nas disposições do direito interno; na ordem jurídica comunitária transfere-se para o próprio direito comunitário o poder de regular a relação de

⁷⁹ ARNOLD, Rainer. **El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas Reflexiones desde la Perspectiva Alemana**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 9, Enero-Junio, 2008, p. 238.

⁸⁰ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 400.

⁸¹ BAQUERO CRUZ faz interessante apontamento no sentido de que, muito embora os princípios da primazia e da aplicabilidade direta nunca estiveram – e continuam não estando – expressamente previstos nos Tratados; é certo que também nenhuma disposição daquelas normas jurídicas afastava tal interpretação, de modo que o TJUE extraiu do conteúdo e do espírito dos Tratados tais características, as quais apenas foram clarificadas pelo Tribunal, ganhando assim contornos jurídicos mais evidentes. CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice**. In: International Journal of Legal Information, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 224, 226 e 228. Por sua vez, QUADROS extrai a primazia do princípio da lealdade comunitária e da aplicabilidade direta dos regulamentos: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 401.

prevalência entre a legislação nacional e a legislação comunitária. É portanto deste poder de regular a relação de prevalência que surge o princípio do primado⁸³.

Na acertada visão de QUADROS "[...] o primado do Direito da União tem de ser absoluto ou, se se preferir, integral. Esta afirmação tem uma dupla vertente: ela quer significar que todo o direito comunitário prevalece sobre todo o direito estadual"⁸⁴.

E complementa o doutrinador português:

"[...] o primado referido a todo o Direito interno quer dizer que ele é oponível a todo o Direito estadual no seu conjunto, incluindo de grau constitucional. Isso pretende significar que o primado não existe se não for supraconstitucional. De facto, caso o Direito da União seja colocado na hierarquia das fontes de Direito na ordem interna de um Estado, num grau infraconstitucional, ainda que supralegal, está-se de facto, a negar o seu primado sobre o Direito estadual. Ou seja, o Direito da União só pode ver respeitada a sua característica da uniformidade se, como se disse, todo o Direito da União prevalecer sobre todo o Direito estadual [...]"⁸⁵.

Sob essa perspectiva então, em que o direito comunitário prevalece até mesmo sobre a norma constitucional dos Estados-membros, nos parece acertado afirmar que os juízes nacionais – assim como todos os agentes estatais – estão vinculados ao direito comunitário por uma obrigação mais forte (*'higher*

⁸² CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 52.

⁸³ Neste sentido: BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 101. Na declaração nº 17 sobre o primado do direito comunitário - anexa à ata final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa – consta que “[...] em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”.

⁸⁴ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 402.

⁸⁵ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 403.

obligation, stärkere bindung)⁸⁶ do que as leis e a Constituição de seu próprio Estado⁸⁷.

Cabe aqui o registro de que, apesar dessa relação de primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, ela não se estabelece, vale frisar, numa perspectiva de superioridade hierárquica entre uma ordem jurídica sobre outra⁸⁸. Decerto, a própria existência do direito comunitário depende necessariamente do princípio do primado sob pena de se inviabilizar a sobrevivência daquele ordenamento⁸⁹.

Assim sendo, importa saber neste ponto qual seria a consequência jurídica do primado sobre as normas nacionais contrárias ao direito comunitário. LUISA DUARTE é categórica ao afirmar que "[...] a operatividade do primado como critério de resolução de conflitos internormativos não interfere com a validade da norma interna desalojada pela norma comunitária"⁹⁰.

A consequência jurídica largamente aceita pela doutrina e há muito sustentada pelo TJUE⁹¹ seria a mera *inaplicabilidade*⁹² do direito nacional contrário à ordem jurídica comunitária.

⁸⁶ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 509.

⁸⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión c Alemania)**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 17, Nº 3, 1990, p. 882; e SEGADO, Francisco Fernández. **El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común: las transformaciones constitucionales dimanantes de ello**. In: Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, Nº. 13, julio-diciembre, 2005, p. 57-94. Fazendo explícita referência da primazia do direito comunitário sobre as disposições constitucionais dos Estados-membros: Processo TJUE nº 11/70, de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr. Anote-se ainda interessante observação de CAMELO GOMES: "A obrigação comunitária do juiz nacional é no mínimo estranha pois que nela se inclui o dever de desobediência à própria ordem jurídica na qual o órgão jurisdicional fundamenta a sua autoridade para estatuir". GOMES, José Luiz Caramelo. **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia**. Lisboa: Almedina, 2006, p. 15.

⁸⁸ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 192.

⁸⁹ BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 215.

⁹⁰ DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade**. Lisboa, 2006, 272-273.

⁹¹ Processo TJUE nº 6/60, de 16 de dezembro de 1960, Humblet v. Belgian State.

⁹² Considerando a falta de sistematização na jurisprudência e doutrina comunitária, o presente trabalho não se aprofundará os conceitos afeitos ao clássico quadro teórico utilizado no direito constitucional: vigência, validade e eficácia.

A relação de incompatibilidade estaria no plano da eficácia e não no plano da validade ou existência da norma jurídica. Por essa razão, diz-se que o primado produz efeito bloqueador, paralisando a eficácia das normas internas dos Estados-membros, anteriores ou posteriores, contrárias à disposição comunitária⁹³; criando o dever negativo de não inserir no sistema jurídico interno normas jurídicas em conflito com a ordem comunitária; bem como impondo, como corolário do primado, a interpretação conforme do direito nacional em conformidade com o direito comunitário⁹⁴.

Tem-se, portanto, a sanção de ineficácia/inaplicabilidade e não a sanção de nulidade da norma interna contrária⁹⁵.

Neste sentido:

“In accordance with the principle of the precedence of community law, the relationship between provisions of the treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the member states on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but - in so far as they are an integral

⁹³ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 60.

⁹⁴ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 190. De forma mais profunda: GARCIA, Ricardo Alonso. **La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico**. In: Revista española de derecho europeo, n. 28, oct.-dic. 2008, p. 385-410.

⁹⁵ “[...] se a Comunidade fosse uma Federação vigoraria nela o princípio *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Esse princípio, que, embora constando expressamente só da Constituição alemã (artigo 31º), pertence a quase todos os sistemas federais, prescreve a nulidade (se não a inexistência jurídica) da norma estadual que contrarie a norma federal. Ora, não é esse o regime que, por via da jurisprudência do TJ, o Direito Comunitário definiu para as relações entre a norma estadual e a norma comunitária. A sanção para a norma estadual que viole a norma comunitária é a inaplicabilidade daquela, não a da sua nulidade. Dito de outra forma, a sanção situa-se no domínio da eficácia, não no da validade, ou da existência jurídica”. QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 334. O único indício de sanção de invalidez potencialmente existente nos Tratados encontra-se no artigo 14º, nº 2, parágrafo 2, do Protocolo nº 4 relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu; em que o TJUE pode nulificar a demissão do governador do Banco Central nacional ao decretar que a norma ou prática estatal que resultou na demissão do governador violou os Tratados ou qualquer outra norma jurídica relativa a sua aplicação.

part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the member states - also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with community provisions”⁹⁶.

No que diz respeito ao princípio da aplicabilidade direta da norma comunitária⁹⁷, representa ele, juntamente com o princípio do primado, a engrenagem completa que faz mover o direito comunitário.

De nada adiantaria que fosse assegurada ao direito comunitário a sua primazia sobre o direito interno dos Estados-membros se a concreta eficácia daquela ordem jurídica estivesse condicionada a atos formais de recepção na ordem jurídica interna das normas comunitárias.

Nenhuma relevância teria o direito comunitário se se estabelecesse como condição para eficácia da norma comunitária perante a ordem jurídica interna, a internalização e recepção da norma supranacional.

As regras do direito comunitário prescritas pelos Tratados ou provenientes dos procedimentos legislativos estabelecidos nos Tratados devem ser plenamente aplicadas ao mesmo tempo e com efeitos idênticos sobre toda a extensão da

⁹⁶ Processo TJUE n° 106/77, de 09 de março de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA

⁹⁷ Distinção entre aplicabilidade direta e efeito direto: “[...] a aplicabilidade directa encontra-se consagrada de modo expreso nos Tratados, concretamente, no citado artigo 249° CE, quanto aos regulamentos e às decisões que se dirigem aos sujeitos internos dos Estados, enquanto que o efeito directo não consta dos Tratados e nunca foi afirmado pelo TJ com base naquele preceito do Tratado CE; a aplicabilidade directa quer dizer aplicabilidade imediata na ordem interna dos Estados e, por isso, só beneficia actos que exprimem o fenómeno da subordinação dos Estados e dos seus sujeitos internos às Comunidades, enquanto que o efeito directo só faz sentido colocar-se, como se coloca, quanto aos actos interestaduais, isto é, que do lado oposto ao da Comunidade têm, como seus destinatários directos, Estados. Com base nesta distinção, a doutrina, na sua generalidade, distingue ‘applicabilité directe’ e ‘effet direct’, ‘direct applicability’ e ‘direct effect’, ‘unmittelbare Anwendbarkeit’ e ‘unwittelbare Wirkung’. QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 428. Ainda sobre a distinção: ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 129; e ZAMORA, Rafael C. Pellicer. **Condiciones y Tipos de Invocabilidad de la Directiva Comunitaria**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 12, N° 1, 1985, p. 66.

União Europeia, sem que os Estados-membros possam opor qualquer obstáculo⁹⁸.

Diferentemente do direito internacional clássico⁹⁹, o direito comunitário goza de aplicação imediata na ordem jurídica dos Estados-membros independentemente de qualquer manifestação normativa ou de ato de vontade do Estado-membro¹⁰⁰.

Neste sentido, o TJUE:

“The direct applicability of community law means that its rules must be fully and uniformly applied in all the member states from the date of their entry into force and for so long as they continue in force. Directly applicable provisions are a direct source of rights and duties for all those affected thereby, whether member states or individuals; this consequence also concerns any national court whose task it is as an organ of a member to protect the rights conferred upon individuals by community law”¹⁰¹.

A aplicabilidade direta do direito comunitário é especialmente relevante para os cidadãos da União Europeia¹⁰² já que a eficácia imediata da norma comunitária na ordem jurídica interna dos Estados-membros assegura também a imediata integração ao patrimônio jurídico dos indivíduos europeus dos direitos previstos nas disposições comunitárias¹⁰³. Viabiliza-se portanto a constituição de direitos

⁹⁸ Processo TJUE n° 48/71, de 13 de julho de 1972, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana.

⁹⁹ CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 174-175. Ainda sobre o assunto: PEREDO, Pablo Dermizaky. **Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Número 20042, 2004, p. 845.

¹⁰⁰ CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p.192-193.

¹⁰¹ Processo TJUE n° 106/77, de 09 de março de 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA.

¹⁰² TUE - Artigo 9.º Em todas as suas actividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui

¹⁰³ “[...] independientemente de la legislación de los Estados miembros, el derecho comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de

e deveres subjetivos em relação aos indivíduos, autorizando-os ainda, por mesma razão, a invocar normas comunitárias perante os tribunais nacionais para fundamentar suas pretensões¹⁰⁴.

Na realidade, o princípio da primazia e o princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário objetivam desvincular a eficácia da ordem jurídica comunitária de qualquer comportamento administrativo, legislativo ou judicial dos Estados-membros.

O direito comunitário opera independentemente da vontade dos Estados-membros, os quais, como dito, têm o dever de respeitar a integridade daquela ordem jurídica sob pena de posicionarem-se em desconformidade, situação esta que se enquadra no objeto de análise da ação por incumprimento.

A primazia e a aplicabilidade direta - por viabilizarem a manutenção da autoridade normativa da ordem jurídica comunitária perante o direito nacional dos Estados-membros – têm fundamental importância para a ação por incumprimento, que, em última análise, almeja a preservação da prevalência do direito comunitário, bem como sua integral e concreta eficácia e aplicação¹⁰⁵.

3.4. Modalidades de Incumprimento

O incumprimento – situação de desconformidade que se busca identificar e reprimir por meio da ação por incumprimento - pode assumir diversas feições tais como, genericamente, a *“não aplicação ou aplicação incorrecta de*

su patrimonio jurídico". GARCIA, Ricardo Alonso. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008, p. 23.

¹⁰⁴ "[...] efeito directo e primado do direito comunitário - significam que deste são susceptíveis de decorrer imediatamente direitos e obrigações para os sujeitos de direito privado - particulares e empresas - que podem ser protegidos e invocados perante os órgãos jurisdicionais competentes - os tribunais nacionais -, se necessário for contra qualquer disposição de carácter interno que se lhes oponha". ANTUNES, Luis Miguel Pais, VILAÇA, José Luís da Cruz. **A integração portuguesa no sistema jurisdicional comunitário**. In: Revista Análise Social, Vol. XXVII, 1992, p. 894.

¹⁰⁵ RODRIGUEZ, Alegría Borrás. **El recurso por incumplimiento: razón de ser e eficacia**. In: Noticias de la Unión Europea, n. 25, 1987, p. 75-80.

disposições de direito comunitário, divergências de interpretação, conflitos de competência ou proteção das prerrogativas nacionais"¹⁰⁶.

Neste ponto, o que se busca demonstrar são os tipos/modalidades de comportamentos estatais que dão origem ao incumprimento.

Na esteira desse objetivo, BORZEL aponta cinco tipos de incumprimento praticados pelo Estado que poderão ser objeto de repressão pela ação por incumprimento:

"[..]: 1) Violations of Treaty Provisions, Regulations, and Decisions ('violation'). [...] Non-compliance takes the form of not or incorrectly applying and enforcing European obligations as well as of taking, or not repealing, violative national measures. 2) Non-transpositions of Directives ('no measures notified'). [...] Non-compliance manifests itself in a total failure to issue the required national legislation. 3) Incorrect legal implementation of Directives ('not properly incorporated'). [...] Parts of the obligations of the Directive are not enacted or national regulations deviate from European because they are not amended and repealed, respectively. 4) Improper application of Directive ('not properly applied'). Even if the legal implementation of a Directive is correct and complete, it still may not be practically applied. [...] 5) Non-compliance with ECJ judgements ('not yet complied with'). [...] Non-compliance refers to the failure of member states to execute Court judgments, which establish a violation of Community Law"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 30.

¹⁰⁷ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?**. In: *Journal of European Public Policy*, n. 8, 2001, p. 806-807.

As diversas modalidades de incumprimento supra indicadas representam uma tentativa de sistematizar os comportamentos estatais aptos a caracterizar situações de desconformidade com o direito comunitário.

Uma aproximação mais didática aos tipos de incumprimento tenta separar estes incumprimentos de acordo com a característica do comportamento estatal, seja ele positivo ou negativo.

Neste sentido, *“a violação pelos Estados-membros das obrigações que lhes incumbem por força das normas do direito comunitário pode, naturalmente, resultar de acção ou omissão imputável ao Estado”*¹⁰⁸.

A modalidade ativa do incumprimento (incumprimento por ação) é representada por comportamentos comissivos estatais, ou seja, condutas estatais na ordem interna que se colocam em contrariedade com o direito comunitário.

Tais condutas estatais podem consistir em comportamentos ativos (i) de conteúdo distinto do prescrito ou exigido pelo direito comunitário ou (ii) cujos conteúdos violam alguma(s) norma(s) comunitária(s) que determine(m) a abstenção estatal.

MOTA DE CAMPOS, a respeito do incumprimento por ação, consegue discriminar os seguintes exemplos:

- “a) adopção na ordem interna de um acto jurídico (legislativo ou infralegislativo, de carácter geral ou individual) contrário às regras comunitárias;
- b) Comportamento do Estado traduzido em acções materiais, actuações administrativas ou práticas internas, seja qual for a sua natureza, violadoras da legalidade comunitária”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 214.

Na primeira hipótese, como se vê, trata-se de típico caso de incompatibilidade entre normas jurídicas¹¹⁰, tratando-se portanto de crise de legalidade instaurada no âmbito da relação entre as ordens jurídicas comunitária e interna dos Estados-membros.

O juízo valorativo exercido pelo TJUE é de estrita legalidade, em que se observará a compatibilidade de uma norma interna com outra(s) norma(s) comunitária(s) que tem relação de prevalência sobre aquela, e, portanto, atuará como parâmetro de controle da norma estatal.

No segundo caso, a violação do direito comunitário ocorre independentemente da existência de instrumento normativo estatal incompatível com a ordem comunitária. É a atuação estatal em si que tem aptidão de violar a legalidade comunitária.

O incumprimento por ação também é fortemente identificado no âmbito das diretivas comunitárias¹¹¹. Na linha de BORZEL, a incorreta implementação legal das diretivas e a inadequada aplicação das diretivas caracterizam espécies de incumprimento por ação.

No que diz respeito ao incumprimento por omissão, o próprio TJUE há muito já asseverou que a omissão também tem aptidão para violar o direito comunitário.

Neste sentido, no processo TJUE nº 31/69 consta que *“a failure to act, like a positive act, may constitute a failure on the part of a member state to fulfil an obligation”*¹¹².

¹⁰⁹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 217.

¹¹⁰ “[...] na maior parte dos casos, o incumprimento resultou de um comportamento positivo e, mais particularmente, da promulgação ou da manutenção de uma regulamentação contrária aos Tratados [...]”. BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 185.

¹¹¹ ‘Artigo 288º. [...] A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios’. Abordando o assunto: “[...] a directiva constitui a fonte privilegiada de incumprimento. A margem de manobra que permite aos Estados na livre escolha dos meios resulta quase sempre na sua não aplicação pura e simples”. BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 199.

¹¹² Processo TJUE nº 39/61, de 17 de fevereiro de 1970.

Mais uma vez, MOTA DE CAMPOS, citando exemplos de incumprimento por omissão:

“a) recusa expressa ou tácita de adoptar na ordem interna as medidas jurídicas ou de praticar as acções materiais prescritas pelas disposições comunitárias ou impostas pela autoridade comunitária no exercício da sua competência;

b) recusa tácita ou expressa de revogar formalmente uma norma interna que se revele incompatível com a regulamentação comunitária. Note-se que o Estado transgressor não deverá limitar-se a deixar de aplicar a regra nacional contrária ao direito comunitário: para evitar qualquer ambigüidade ou incerteza sobre o direito aplicável deve proceder à revogação expressa da regra interna¹¹³

c) Abstenção da adopção do comportamento adequado a impedir actuações, ainda que da autoria de grupos ou associações privadas, que prejudiquem o normal fundionamento do mercado comum em qualquer das suas vertentes – como foi o caso, por exemplo, quando dos actos de vandalismo de vinicultores do Sul da França impediram o livre acesso de vinhos italianos ao mercado francês;

d) Omissão do acatamento das decisões do TJCE¹¹⁴.

¹¹³ O Processo TJUE nº 167/73, de 04 de abril de 1974, enfrenta situação em que determinada disposição do Código do Trabalho Marítimo Francês tinha redação cujo teor violava potencialmente um dos princípios da ordem jurídica comunitária, qual seja, o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade. No curso do processo, constatou-se que, na prática, durante a aplicação da disposição legal, não havia de fato a discriminação entre trabalhadores tendo por base a nacionalidade. Contudo, entendeu o Tribunal que pelo simples fato de o Estado da França manter vigente na sua ordem jurídica interna norma jurídica absolutamente claramente incompatível com o direito comunitário, estaria a cometer um incumprimento, por omitir-se de retirar do sistema jurídico a norma incompatível o que criaria situação de incerteza e insegurança jurídica, prejudicando assim a aplicação e eficácia do direito comunitário.

¹¹⁴ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 218.

Não é demais recordar que a execução tardia de uma obrigação comunitária não importa no desaparecimento do incumprimento, sendo tal comportamento estatal intempestivo ainda passível de censura pela via da ação por incumprimento, porquanto tratar-se de incumprimento atempado¹¹⁵.

Por fim, vale consignar que *“dentre as formas de não cumprimento de normas comunitárias está a obrigação de suscitar questões prejudiciais por parte de Tribunais Superiores Nacionais”*¹¹⁶.

O descumprimento pelos Tribunais Superiores Nacionais da obrigação de suscitar questões prejudiciais ao TJUE representa hipótese típica de incumprimento por omissão praticado pelo Poder Judiciário dos Estados-membros.

A respeito desse caso específico de incumprimento por omissão LEITE e MAIA fazem interessantes ponderações:

"O não cumprimento do procedimento das questões prejudiciais [...] gera um déficit processual aos cidadãos no momento em que surge uma dúvida sobre determinada questão envolvendo normas de direito comunitário, ou sobre a validade das mesmas, e os Tribunais Superiores Nacionais se negam a suscitar as questões prejudiciais, interpretando o direito comunitário de forma diferente do previsto e seguido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, fazendo com que os particulares não disponham de uma via acessível à nível comunitário para responsabilizar o Estado, e em alguns casos há países que nem se quer aceitam a responsabilidade de seus Tribunais Supremos.

¹¹⁵ "[...] a execução tardia de uma obrigação comunitária pode igualmente redundar num incumprimento sancionado pelo artigo 169º do Tratado CEE. O problema é frequente em matéria de directivas". BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 185.

¹¹⁶ LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 258.

[...]

[...] tem sido numerosos os casos em que a Comissão tem apreciado a existência de incumprimentos por parte de órgãos jurisdicionais dos Estados Membros (chamando a atenção para episódios de contumaz resistência por parte de alguma alta jurisdição para aplicar o princípio da primazia, ou, sobretudo, para suscitar uma questão prejudicial para uma correta aplicação do Direito Comunitário). No entanto, até o ano de 2003, o TJCE não havia decidido nenhum processo por incumprimento contra um Estado por uma atuação de seus órgãos jurisdicionais"¹¹⁷.

Fica portanto patente que o Poder Judiciário pode ser sujeito ativo do incumprimento, legitimando então o Estado-membro a ser sujeito passivo na ação por incumprimento.

Muito embora se admita a prática de incumprimento pelo Poder Judiciário nacional é de se considerar que a Comissão Européia tem por política a não utilização contumaz da ação por incumprimento contra atos do poder judiciário nacional, porquanto se trata de área sensível da soberania dos Estados-membros, em que a censura da atividade judicial nacional poderia gerar certos inconvenientes para a integração¹¹⁸.

¹¹⁷ LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 258 e 270.

¹¹⁸ LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 269-270. Relativamente aos inconvenientes cogitados, pode-se citar a instabilidade gerada no princípio da independência do poder judiciário frente ao poder executivo e no princípio da cooperação jurisdicional (mútua cooperação) que impregna a relação entre o TJUE e os Tribunais Nacionais. Ademais, a censura da atividade judicial nacional por meio da ação por incumprimento poderia, em última análise, constituir, hipótese de cassação *sui generis* de decisões judiciais. O Processo TJUE nº 30/77, de 27 de outubro de 1977, revela situação em que o Tribunal afirma que decisões judiciais dos Estados-membros não representam medidas que possam ser apreciadas pelo TJUE para fins de analisar, no caso, eventual violação do princípio da não-discriminação. Numa perspectiva mais ampla, no processo TJUE nº C-129/00, o Tribunal aponta alguns critérios que devem nortear a análise do incumprimento praticado pelos Estados-membros: "*não podem ser tomadas em conta as decisões judiciais isoladas ou francamente minoritárias num contexto jurisprudencial marcado por diversa orientação, ou ainda uma interpretação desmentida pelo órgão jurisdicional nacional supremo. O mesmo não sucede com uma*

Seja como for, a jurisprudência comunitária como um todo é absolutamente favorável a repressão de todo e qualquer tipo de incumprimento, seja ele praticado por qualquer órgão ou instituição estatal, incluindo neste âmbito o poder judiciário nacional.

Nos processos TJUE nº 77/69 e 8/70, respectivamente de 5 de maio de 1970 e de 18 de novembro de 1970; o Tribunal afirma sua jurisprudência no sentido de que o Estado-membro tem legitimidade passiva para responder por incumprimentos praticados por qualquer órgão constitucionalmente independente¹¹⁹.

Mais especificamente, denotando inclusive a própria evolução da jurisprudência do TJUE¹²⁰, o Tribunal a partir de 2003 admite apreciar ações por incumprimento cujas condutas estatais tidas por violadoras do direito comunitário foram praticadas pelos Tribunais nacionais¹²¹.

Assim, como já afirmado, sabe-se que os Estados-membros podem responder nas ações por incumprimento pelos atos praticados por seu Poder Judiciário, muito embora essa possibilidade nem sempre tenha sido clara e certa na jurisprudência do TJUE.

Tal incerteza merece sempre ser debelada haja visto que afeta diretamente a própria viabilidade da ação por incumprimento. Nesta esteira, releva saber que tipos de comportamentos são considerados para efeito de responsabilização do

interpretação jurisprudencial significativa não desmentida pelo referido órgão jurisdicional supremo, ou mesmo por este confirmada”.

¹¹⁹ TJUE nº 77/69 e 8/70, respectivamente de 5 de maio de 1970 e de 18 de novembro de 1970 : “The liability of a member state under article 169 arises whatever the agency of the state whose action or inaction is the cause of the failure to fulfil its obligations even in the case of a constitutionally independent institution”.

¹²⁰ Fala-se de evolução da jurisprudência do TJUE porque primeiramente considerou genericamente a prática do incumprimento por órgãos constitucionais independentes, logo em seguida passou a afirmar que “o alcance das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais deve ser apreciado tendo em conta a interpretação que delas fazem os órgãos jurisdicionais nacionais” (Processo TJUE nº C-382/92, de 8 de Junho de 1994, Comissão/Reino Unido); para, mais tarde, acabar por reconhecer e afirmar diretamente a possibilidade da prática de incumprimento pelos Tribunais nacionais.

¹²¹ Neste sentido os processos TJUE nº C-129/00, de 09 de dezembro de 2003 e nº C-224/01, de 20 de setembro de 2003; nos quais a base do incumprimento teve origem em decisões jurisdicionais dos Estados-membros.

Estado. Ou melhor, a que condutas se atribui o predicado 'estatal' para o fim de integrar o objeto de controle da ação por incumprimento.

O que está em debate é amplitude da noção de Estado para fins de aplicação da ação por incumprimento.

Para responder essa questão MOTA DE CAMPOS pontifica:

“Para efeitos da acção por incumprimento, a noção de Estado é muito ampla, abarcando o conjunto dos órgãos que constituem o poder legislativo, o poder executivo (a administração) e o poder judicial, assim como as várias entidades que devam ser incluídas na categoria de organismos públicos que, embora beneficiando de existência jurídica autónoma, estão ligados ao Estado por relações ou vínculos tão estreitos que devam ser considerados como fazendo parte da organização estatal. Deste modo, a violação de qualquer norma comunitária é imputável ao Estado, qualquer que seja a qualidade em que este último tenha atingido”¹²².

É de se notar que a amplitude da noção de Estado tem relação diretamente proporcional com as hipóteses de comportamento passíveis de repressão/controlado pela ação por incumprimento.

Em outras palavras, uma visão estreita do que vem a ser o Estado para fins da ação por incumprimento reduz os atos, comportamentos, condutas e normas que podem ser controlados por aquele mecanismo processual.

Diante dessa perspectiva, o TJUE adotou posição extremamente ampla quanto à noção de Estado com o intuito de elevar o nível de tutela da ordem jurídica comunitária.

¹²² CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 214-215.

Isso porque a ampliação das origens dos atos violadores do direito comunitário expande o espectro das possibilidades de controle por meio da ação por incumprimento.

Neste sentido, e como já afirmado, o TJUE há muito já havia manifestado sua posição quanto à origem do incumprimento que deve ser considerado mesmo quando proveniente de instituição constitucionalmente independente¹²³.

A partir daí, o TJUE foi muito além ao considerar alcançado pelo conceito de Estado para fins de verificar o incumprimento, por exemplo, (i) as organizações ou atividades estatais praticadas tanto como autoridade pública como empregador¹²⁴; (ii) as autoridades fiscais¹²⁵ e as coletividades territoriais e municipais¹²⁶ dentre outros.

Dadas as referências supra, sintetizando a concepção ampla de Estado adotada pelo TJUE, o Tribunal consigna:

“Unconditional and sufficiently precise provisions [...] may be relied upon against organizations or bodies which are subject to the authority or control of the State or have special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals. They may in any event be relied upon against a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from

¹²³ Processo TJUE, 77/69, de 05 de Maio de 1970, Comissão/Bélgica. Nestes autos, a instituição constitucionalmente independente era o Parlamento Belga. A argumentação do Estado Belga veiculada com o objetivo de afastar o incumprimento pautava-se na afirmação de que o Estado da Bélgica não poderia ser responsabilizado pelo atraso, decorrente da dissolução do Parlamento Belga, na promulgação de lei cujo teor eliminaria disposição normativa vigente contrária ao direito comunitário, porquanto instituidor de discriminação entre nacionais de diferentes Estados-membros, tendo em vista que previa incidência tributária mais gravosa sobre a madeira importada de outros Estados-membros.

¹²⁴ Processo TJUE nº 152/84, de 26 de fevereiro de 1986, M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching).

¹²⁵ Processo TJUE nº 08/81, de 19 de janeiro de 1982, Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt. e Processo TJUE nº C-221/88, de 22 de fevereiro de 1990, European Coal and Steel Community v Acciaierie e Ferriere Busseni SpA (in liquidation).

the normal rules applicable in relations between individuals”¹²⁷.

Tal relação de dependência e controle com o Estado é identificada para fins de tutela pela ação por incumprimento inclusive quando o organismo autor do ato não comunitário não fizer parte formalmente da estrutura orgânica e administrativa do Estado-membro¹²⁸.

Como se vê, poderá ser objeto da ação por incumprimento qualquer manifestação contrária ao direito comunitário que tenha origem em organismos ou entidades cujo vínculo com a função estatal seja evidente. Logo, “[...] é fundamentalmente a dependência do Estado que justifica a responsabilização do Estado-membro por acções juridicamente relevantes da entidade em causa”¹²⁹.

Exclui-se então do âmbito de tutela da ação por incumprimento os comportamentos contrários ao direito comunitário praticados exclusivamente pelos particulares sem qualquer vínculo ou pertinência com a atividade ou a função estatal¹³⁰.

Por tudo o que foi dito, conclui-se que o Estado-membro poderá ser acionado como sujeito passivo na ação por incumprimento em razão de diversos tipos de atos violadores do direito comunitário, e cuja origem sejam ou não provenientes diretamente de sua estrutura orgânica.

¹²⁶ Processo TJUE nº 103/88, de 22 de junho de 1989, Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano.

¹²⁷ Processo TJUE nº C-188/89, de 12 de julho de 1990, A. Foster and others v British Gas plc.

¹²⁸ Processo TJUE nº 31/87, de 20 de setembro de 1988, Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands.

¹²⁹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 216.

¹³⁰ O que não significa a imunidade dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) da fiscalização da legalidade comunitária promovida pela Comissão. Exemplo disso pode ser identificado no âmbito das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações (Título VII do TFUE). Sobretudo quanto às regras de concorrência aplicáveis às empresas, os artigos 101 e 102 definem as condutas vedadas aos particulares sob pena de infringirem as regras norteadoras do mercado pautado na livre concorrência, ao passo que o o artigo 105 do mesmo TFUE prevê o procedimento e os meios para efetivamente constatar e sancionar a violação do direito comunitário, designadamente, na seara do direito concorrencial comunitário. É, portanto, a Comissão por meio de decisão devidamente fundamentada que constata a violação e autoriza os Estados-membros a tomarem as medidas necessárias para sanar a situação.

Como visto, responde o Estado-membro pelos incumprimentos praticados tanto pelas instituições constitucionalmente independentes como pelos organismos não integrantes da estrutura orgânica estatal, mas que tenham forte vínculo com a função estatal.

A amplitude da origem do incumprimento denota então não só o incremento das hipóteses de ocorrência do incumprimento como também uma necessidade imperiosa de reconduzir à legalidade comunitária as inúmeras condutas e práticas desenvolvidas no âmbito da ordem jurídica e do território de cada Estado-membro.

3.5. Hipóteses de não cabimento da ação por incumprimento

Apresentados os elementos suficientes para adequada compreensão da ação por incumprimento; torna-se importante demonstrar as hipóteses de não cabimento da ação por incumprimento para depois trabalhar a forma em que está estruturado nos Tratados o procedimento da ação por incumprimento.

De modo geral a regra é que toda e qualquer manifestação de contrariedade e violação da legalidade comunitária pelos Estados-membros seja passível de correção por meio da ação por incumprimento.

É a ação por incumprimento, como já se observou, o mecanismo processual por excelência para a tutela da ordem comunitária contra os mais variados comportamentos possíveis dos Estados-membros que possam atentar contra a higidez daquela ordem jurídica.

Deve-se notar que a generalização da ação por incumprimento para todo e qualquer tipo de violação da legalidade comunitária praticada pelos Estados-membros consiste em medida salutar para a preservação da validade e eficácia do ordenamento supranacional.

No entanto, é substancial e coerente a construção doutrinária capitaneada por DIEZ-HOCHLEITNER no sentido de que o cabimento ou não da ação por incumprimento deve ser determinada pela noção de subsidiariedade, que restringe a utilização da ação por incumprimento para os casos graves cujos mecanismos internos de cada Estado-membro não tenham sido capazes de dissipar e erradicar a violação ao direito comunitário¹³¹.

Pretende-se com isso estimular e potencializar o controle e a tutela descentralizados do direito comunitário, tornando residual a tutela no âmbito supranacional via ação por incumprimento.

Sendo assim, apresentar-se-ia incabível a ação por incumprimento nas hipóteses em que a violação ao direito comunitário seja passível de pronta, eficiente e adequada correção pelos mecanismos previstos no direito interno dos Estados-membros; a exceção dos casos de grave e inaceitável violação da ordem jurídica comunitária.

Impende-se esclarecer que a limitação da ação por incumprimento apenas aos casos de extrema gravidade e não passíveis de repressão interna pelos meios previstos pela ordem constitucional dos próprios Estados-membros, seria viável e aceitável (i) em um cenário de integração cujos princípios fundamentais estejam completamente incorporados à cultura jurídica dos Estados-membros, e (ii) quando o nível quantitativo de incumprimento pelos Estados-membros seja insignificante.

Do contrário, estar-se-ia instituindo um contexto permissivo e estimulador de pequenos incumprimentos, que, analisados de forma macro, podem comprometer os objetivos da integração.

¹³¹ "[...] ¿resulta ello apropiado? En un sistema —el comunitario— en el que el control de la aplicación del derecho se caracteriza por ser descentralizado, ¿qué sentido tiene la acción de la Comisión en tales supuestos?. Por el contrario, entendemos que el principio de subsidiariedad —consagrado ahora por el TUE— aconseja el recurso preferente —¿quizás exclusivo?— a dichos medios nacionales, excluyendo así la obligación para la Comisión de iniciar un procedimiento de infracción que no resulta necesario para asegurar la aplicación del derecho comunitario. Y más aún cuando, en la perspectiva de la ampliación de la Comunidad y ante el permanente crecimiento normativo del derecho comunitario, se proclama la necesidad de potenciar, por razones obvias, la vía descentralizada de control del derecho comunitario". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 888-889.

Em acréscimo a essa tentativa de limitar o cabimento da ação por incumprimento apenas para os casos de gravidade relevante para a integração; o próprio Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) traz expressamente em seu bojo mais uma hipótese de não cabimento da ação por incumprimento.

É, portanto, o próprio direito comunitário originário que exclui determinado tipo de incumprimento do âmbito de controle do mecanismo processual em estudo.

Neste sentido, no contexto da união econômica monetária fundada no comportamento das políticas econômicas dos Estados-membros da União Europeia, notadamente no que diz respeito ao controle dos déficits orçamentais e da dívida pública dos Estados, o TFUE – art. 126, item 10¹³² - é direto ao trazer a única hipótese *expressa* de exclusão do cabimento da ação por incumprimento.

Em palavras mais precisas, todo e qualquer incumprimento estatal consubstanciado no descontrole ou desvio dos limites estabelecidos¹³³ para a boa disciplina orçamentária dos Estados-membros não se sujeita à fiscalização e controle pela ação por incumprimento.

O não cabimento da ação por incumprimento nesta hipótese não significa que os déficits orçamentários não se submetem a nenhum tipo de controle comunitário. É bom que se diga que, por opção dos legisladores comunitários, o controle e a fiscalização dos desvios orçamentários dos Estados-membros foram desjurisdicionalizados.

A possibilidade de controle jurisdicional pela ação por incumprimento tendo como sujeito ativo da ação uma instituição comunitária independente e

¹³² Artigo 126.º [...] 10. O direito de intentar acções previsto nos artigos 258.º e 259.º não pode ser exercido no âmbito dos n.ºs 1 a 9 do presente artigo.

¹³³ O protocolo nº 12 anexo aos Tratados sobre o procedimento relativo os déficits excessivos fixa em seu artigo 1º que: “Os valores de referência a que se refere o n.º 2 do artigo 126.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia são:

– 3% para a relação entre o défice orçamental programado ou verificado e o produto interno bruto a preços de mercado;

integralmente comprometida com a integração – Comissão da União Europeia – é excluída em função da instituição de um controle político exercido pelo Conselho da União Europeia, controle esse especificamente construído para o incumprimento decorrente do desvio orçamentário.

É desejável que se registre a surpresa da opção feita pelo legislador comunitário de criar hipótese de não cabimento da ação por incumprimento justamente em setor de extrema sensibilidade e relevância para o êxito da integração europeia, importância que, inclusive, fora reconhecida pelos próprios Estados-membros na declaração nº 30 anexa à ata final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, vejamos:

30. Declaração ad artigo 126.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Em relação ao artigo 126.º, a Conferência confirma que o reforço do potencial de crescimento e a manutenção de situações orçamentais sólidas são os dois pilares das políticas económica e orçamental da União e dos Estados-Membros. O Pacto de Estabilidade e Crescimento é um instrumento importante para atingir estes objectivos.

A Conferência reitera o seu empenhamento nas disposições relativas ao Pacto de Estabilidade e Crescimento, que constituem o quadro da coordenação das políticas orçamentais dos Estados-Membros.

Se a situação orçamentária é considerada pilar das políticas económicas e orçamentárias tanto da União Europeia quanto dos Estados-membros; causa estranheza a opção do TFUE de conferir tratamento distinto de todos os outros tipos de incumprimentos que afetam partes também sensíveis da integração.

O fato é que o mecanismo padrão para fiscalização e tutela da legalidade comunitária contra atos dos Estados-membros é a ação por incumprimento

– 60% para a relação entre a dívida pública e o produto interno bruto a preços de mercado”.

que, como dito, contém uma fase administrativa prévia e uma fase contenciosa, ou jurisdicional, que ocorrerá perante o TJUE, sendo, por regra, capitaneada pela Comissão.

A única exceção expressa no Tratado de incumprimento dos Estados-membros não controlado pela ação por incumprimento é a hipótese de desvio orçamentário, situação que estará sob o controle político do Conselho que poderá adotar as seguintes medidas previstas no item 11 do art. 126º do TFUE:

- “– exigir que o Estado-Membro em causa divulgue informações complementares, a determinar pelo Conselho, antes de emitir obrigações e títulos,
- convidar o Banco Europeu de Investimento a reconsiderar a sua política de empréstimos em relação ao Estado-Membro em causa,
- exigir do Estado-Membro em causa a constituição, junto da União, de um depósito não remunerado de montante apropriado, até que, na opinião do Conselho, o défice excessivo tenha sido corrigido,
- impor multas de importância apropriada”.

Embora não se possa aferir, talvez a opção legislativa pelo controle político ao invés do jurisdicional seja mais eficaz que a via da ação por incumprimento. Todavia, a desjudicialização importa também na transformação da controvérsia em um problema político e não jurídico, de maneira que, ainda que exista claramente a violação das regras comunitárias que impõem limites aos déficits públicos dos Estados-membros; é possível que a conjuntura política no Conselho não seja favorável à decretação da violação, resultando na perpetuação de uma violação jurídica por razões estritamente políticas.

3.6. Procedimento da Ação por Incumprimento

A base normativa principal da ação por incumprimento encontra-se nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹³⁴:

TFUE

Artigo 258.º

Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações.

Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Artigo 259.º

Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.

Antes de qualquer Estado-Membro introduzir recurso contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretensão incumprimento das obrigações que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão.

A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas observações escritas e orais.

Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao Tribunal.

Artigo 260.º

1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.

2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.º

3. Quando propuser uma acção no Tribunal ao abrigo do artigo 258.º, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma directiva adoptada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de

¹³⁴ Neste tópico abordaremos o teor dos artigos 258 e 259 do TFUE, de maneira que as previsões do artigo 260 serão apreciadas nos capítulos subseqüentes.

pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão.

De início, após simples leitura dos dispositivos supra, é preciso dizer que muito embora a ação por incumprimento seja um típico mecanismo processual do contencioso comunitário da União Européia; - o que pressuporia, em tese, uma formatação procedimental de molde exclusivamente judicial - não se pode negar que, do ponto de vista da concepção do procedimento, a ação por incumprimento assume característica peculiar¹³⁵, diante dos demais meios processuais previstos nos Tratados.

Tal peculiaridade manifesta-se no modelo bipartido do procedimento da ação por incumprimento no qual se observa uma etapa marcadamente extrajudicial e administrativa, tendo como principal protagonista a Comissão da União Européia. Esgotada, sem êxito, esta etapa preliminar e obrigatória¹³⁶, inicia-se a fase essencialmente judicial do procedimento, que se desenvolve perante o TJUE.

E em que consiste a chamada fase pré-contenciosa da ação por incumprimento?

¹³⁵ Por uma perspectiva distinta da que se quer referir quanto à peculiaridade procedimental da ação por incumprimento, a doutrina reconhece ainda neste meio processual um carácter inovador relativamente ao direito internacional clássico, tendo em vista, basicamente, a obrigatoriedade e exclusividade da jurisdição do TJUE, a permanência e independência do TJUE no contexto da solução de controvérsias da União Européia, a impossibilidade de imposição de reservas pelos Estados-membros. Neste sentido: MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 12 e 29; PEINADO, Maria Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario**. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000, p. 38-39; BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 182 e 183; DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 840; e, por fim, o processo TJUE nº 20/59, de 15 de julho de 1960, *Government of the Italian Republic v High Authority of the European Coal and Steel Community*: “it is a procedure far exceeding the rules heretofore recognized in classical international law to ensure that obligations of states are fulfilled”, p. 337.

¹³⁶ Por regra, a fase preliminar não contenciosa é obrigatória, comportando algumas exceções que serão oportunamente demonstradas.

3.6.1. Fase pré-contenciosa da ação por incumprimento

MOTA DE CAMPOS sintetiza esta fase preliminar afirmando que “a acção por incumprimento comporta uma fase administrativa, pré-contenciosa, em que a Comissão ‘dialoga’ com o Estado incriminado, procurando levá-lo a retornar um comportamento conforme às normas comunitárias”¹³⁷.

A fase pré-contenciosa da ação por incumprimento, na verdade, representa a instituição de etapa extrajudicial obrigatória, de natureza conciliatória, a fim de afastar o potencial conflito entre o comportamento estatal e o direito comunitário¹³⁸.

É certo que o procedimento do incumprimento – fase pré-contenciosa - inicia-se com a constatação ou ciência pela Comissão de eventual prática contrária ao direito comunitário.

Esta etapa - denominada ‘*suspected infringements*’¹³⁹ – inaugura as providências preliminares adotadas pela Comissão com o objetivo de detectar a pertinência das informações levantadas como suspeitas de possíveis violações de normas comunitárias.

A comunicação direta dos cidadãos, empresas e organizações não-governamentais com a Comissão¹⁴⁰, dando conta de possíveis práticas violadores do direito comunitário dão início à etapa do ‘*suspected infringement*’, que também se inicia por provocação do Parlamento Europeu¹⁴¹, pela

¹³⁷ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 236-237.

¹³⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: Revista de Processo, v. 149, 2007, p. 169-184.

¹³⁹ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 808.

¹⁴⁰ TFUE - Artigo 20.º [...] 2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados. Assistem-lhes, nomeadamente: [...] d) O direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu e o direito de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas dos Tratados e de obter uma resposta na mesma língua..

¹⁴¹ O Parlamento Europeu além de ter competência para comunicar à Comissão possíveis incumprimentos, também exerce o controle político da regularidade e legitimidade da atuação da Comissão por meio de seus comissários, na forma do artigo 234 do TFUE.

comunicação de qualquer Estado-membro e pela atuação de fiscalização e vigilância contínua da Comissão¹⁴².

Em seguida, identificada pela Comissão a potencialidade do incumprimento - e apresentando-se infrutíferas as diligências diplomáticas¹⁴³ efetivadas pela instituição comunitária no intuito de dar cabo ao incumprimento – ela encaminhará ao Estado-membro cujo comportamento estiver sob análise uma notificação ou pedido de explicações ('carta de requerimiento'¹⁴⁴; 'formal letter of notice'¹⁴⁵)¹⁴⁶ conferindo-lhe prazo razoável¹⁴⁷ para que se manifeste sobre a violação do direito comunitário a ele imputada¹⁴⁸.

É na notificação endereçada aos Estados-membros que deve constar os elementos delimitadores do futuro contencioso¹⁴⁹, delimitando-se a matéria fática e jurídica da controvérsia¹⁵⁰. Para tanto, exige-se que a Comissão descreva – no convite à apresentação de observações pelo Estado-membro –, de forma mais clara e precisa possível¹⁵¹, os fatos constitutivos do

¹⁴² A Comissão da União Européia é a instituição comunitária que detém por regra a legitimidade ativa genérica aplicável a todos os casos de incumprimento. O Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE), contudo, amplia pontualmente a legitimidade ativa da ação por incumprimento para outras duas instituições: Banco Europeu de Investimentos, por meio de seu Conselho de Administração; e o Banco Central Europeu, por meio de seu Conselho, respectivamente artigo 271º, alíneas 'a' e 'd' do TFUE.

¹⁴³ BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 191.

¹⁴⁴ Processo TJUE nº 391/85, de 04 de fevereiro de 1988, Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, item 9.

¹⁴⁵ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 808.

¹⁴⁶ "The sending of a Formal Letter is already preceded by written exchanges and meetings between the Commission and the member state on an informal level. The political discretion of the Commission in deciding whether and when to open official proceedings can cause a voluntaristic bias in the sample". BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 813.

¹⁴⁷ Processo TJUE nº 293/85, de 02 de fevereiro de 1988, Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, item 14: "In view of that dual purpose the commission must allow member states a reasonable period to reply to the letter of formal notice and to comply with a reasoned opinion, or, where appropriate, to prepare their defence. In order to determine whether the period allowed is reasonable, account must be taken of all the circumstances of the case. Thus, very short periods may be justified in particular circumstances, especially where there is an urgent need to remedy a breach or where the member state concerned is fully aware of the commission's views long before the procedure starts".

¹⁴⁸ BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 192.

¹⁴⁹ Processos TJUE nº 6 e 11/69, de 10 de dezembro de 1969, Commission of the European Communities v French Republic, item 6.

¹⁵⁰ "[...] the formal letter of the Commission delimits the subject-matter and invites the member state to submit its observations. [...] The Commission considers them as a preliminary stage, which afford a member state the opportunity to regularize its position rather than bringing it to account [...]". BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 808.

¹⁵¹ Reconhece-se, contudo, que a notificação inicial dos Estados-membros para apresentarem sua defesa pode conter apenas uma constatação global do incumprimento. Neste sentido: Processo TJUE nº C-

incumprimento imputado, indicando os dispositivos de direito comunitário violados¹⁵².

É contra a situação de ilegalidade apontada pela Comissão que o Estado-membro apresentará suas observações (defesa)¹⁵³, podendo, caso entenda pertinente, regularizar sua situação, evitando que se submeta às demais etapas da ação por incumprimento¹⁵⁴.

Vale dizer que esta etapa específica da fase pré-contenciosa da ação por incumprimento materializa as garantias fundamentais conferidas pelos Tratados aos Estados-membros:

“The opportunity for the member state concerned to submit its observations constitutes an essential guarantee required by the treaty and, even if the member state does not consider it necessary to avail itself thereof, observance of that guarantee is an essential formal requirement of the procedure [...]”¹⁵⁵.

O procedimento seguirá seu curso normal caso o incumprimento, na ótica da Comissão¹⁵⁶, persista; ocasião em que, diante das observações apresentadas

365/97, de 09 de novembro de 1999, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana, item 25.

¹⁵² DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 868-869.

¹⁵³ Processo TJUE nº C-289/94, de 17 de setembro de 1996, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana e Processo TJUE nº 274/83, de 28 de março de 1985, Commission of the European Communities v Italian Republic.

¹⁵⁴ Processo TJUE nº C-191/95, de 29 de setembro de 1998, Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha, item 55.

¹⁵⁵ Processo TJUE nº 51/83, de 11 de julho de 1984, Commission of the European Communities v. Italian Republic. Como precursores dessa concepção: Processo TJUE nº 31/69, de 17 de fevereiro de 1970, Commission of the European Communities v Italian Republic; e Processo TJUE nº 211/81, de 15 de dezembro de 1982, Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark. Tratando especificamente da ampla defesa: Processo TJUE nº 7/69, de 10 de março de 1970, Commission of the European Communities v Italian Republic e Processo TJUE nº 166/82, de 07 de fevereiro de 1984, Commission of the European Communities v Italian Republic.

¹⁵⁶ Neste ponto, diversas situações podem ocorrer da resposta dos Estados-membros, tais como: (i) reconhecimento pelo Estado-membro da desconformidade, promovendo a correção do comportamento violador; (ii) a defesa do Estado-membro pode convencer a Comissão da inexistência da violação apontada; (iii) o Estado-membro não apresenta defesa; e (iv) o Estado-membro sustenta sob o ponto de vista fático e jurídico a inexistência da infração apontada. Neste sentido: CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 251.

pelo Estado, a instituição comunitária elaborará um parecer fundamentado (artigo 258º do TFUE).

Nas palavras de BÖRZEL, o parecer fundamentado (*'reasoned opinion'*):

"[...] is the first official stage in the infringement proceedings. The Commission sets out the legal justification for commencing legal proceedings. It gives a detailed account of how it thinks Community Law has been infringed by a member state and states a time-limit, within in which she expects the matter to be rectified"¹⁵⁷.

O parecer fundamentado é o ato que encerra a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento e pavimenta as bases para a fase seguinte, que será a judicial, no caso de persistência da situação de incumprimento.

Nesta esteira, o parecer fundamentado é peça fundamental e de extrema relevância no procedimento da ação por incumprimento¹⁵⁸ porquanto produz efeitos jurídico-processuais importantes na demanda comunitária visto que promove a definitiva estabilização objetiva da ação por incumprimento¹⁵⁹.

O TJUE é muito contundente¹⁶⁰ ao afirmar que o parecer fundamentado – que encerra a fase pré-contenciosa – deve ser substancialmente minucioso¹⁶¹

¹⁵⁷ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 808.

¹⁵⁸ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 251.

¹⁵⁹ Vale consignar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça já relativizou a necessidade de precisa e integral coincidência entre as bases fáctico-jurídicas constantes no parecer fundamentado e a constante na petição inicial da ação por incumprimento. Neste sentido, Processo TJUE nº C-365/97, de 09 de novembro de 1999, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana: “[...] 3 No quadro de uma acção por incumprimento, embora os pedidos contidos na petição introdutiva de instância não possam em princípio ser ampliados para além dos incumprimentos alegados nas conclusões do parecer fundamentado e na carta de interpelação, não é menos exacto que, quando uma alteração do direito comunitário intervém no decurso do processo pré-contencioso, é admissível que a Comissão procure obter a declaração da existência do incumprimento das obrigações que têm a sua origem na versão inicial de uma directiva, seguidamente alterada ou revogada, e que foram mantidas pelas novas disposições. Em compensação, o objecto do litígio não pode ser ampliado às obrigações resultantes da directiva alterada que não tenham equivalência na versão inicial da directiva, sem incorrer na violação das formalidades essenciais da regularidade do processo destinado a verificar o incumprimento”.

¹⁶⁰ Processo TJUE nº C-365/97, de 09 de novembro de 1999, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana, item 25.

quanto a sua fundamentação para que a delimitação do objeto da violação sob discussão¹⁶² torne-se definitivamente cristalizada, não podendo ser objeto de posterior ampliação¹⁶³.

Como já afirmado, a fundamentação do parecer fundamentado deve ser substancial sob pena de se aplicar a sanção de inadmissibilidade do procedimento judicial da ação por incumprimento¹⁶⁴, inviabilizando o prosseguimento do processo (pressuposto processual de validade).

Atendidos os requisitos formais para a validade do parecer fundamentado¹⁶⁵ - que é pressuposto para o regular processamento da ação por incumprimento em sua fase judicial – e superado o prazo novamente fixado no parecer para restauração da legalidade comunitária pelo Estado-membro; está a Comissão da União Europeia juridicamente autorizada – se assim entender¹⁶⁶ - a iniciar a fase judicial da ação por incumprimento perante o TJUE.

¹⁶¹ Processo TJUE nº 7/61, de 19 de dezembro de 1961, *Commission of the European Economic Community v. Italian Republic*. Ainda nesse sentido: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: *Revista de Processo*, v. 149, 2007, p. 175.

¹⁶² O Tribunal de Justiça admite também que além das violações, a Comissão apresente sugestões ou indicações de condutas a serem adotadas pelo Estado-membro que, na visão da Comissão, seriam suficientes para restaurar a legalidade violada, sobretudo nas hipóteses em que existirem dúvidas do Estado-membro quanto ao meio mais adequado para atingir o objetivo da ação por incumprimento, qual seja, o restabelecimento da legalidade comunitária. Neste sentido: Processo TJUE nº 199/85, de 10 de março de 1987, *Commission of the European Communities v Italian Republic*. Em outro julgamento, contudo, embora reafirme a obrigação de razões detalhadas do incumprimento vislumbrado, afirma que no parecer fundamental “*could not be required to indicate what steps should be taken to eliminate the impugned conduct*”. Processo TJUE nº C-247/89, de 11 de julho de 1991, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, item 1.

¹⁶³ “No âmbito da acção por incumprimento que a Comissão pode propor, a notificação para cumprir, e, de seguida, o parecer fundamentado limitam o objecto do litígio, não podendo este ser posteriormente alargado. Com efeito, a possibilidade do Estado em questão apresentar as suas observações constitui, mesmo se não fizer uso dessa possibilidade, uma garantia essencial pretendida pelo Tratado, constituindo um elemento essencial da regularidade do processo de verificação do incumprimento por parte de um Estado membro”. BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 195.

¹⁶⁴ BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 194. Defendendo que a fase pré-contenciosa é muito útil ao exercício da função jurisdicional pelo TJUE haja vista que acaba por entregar à Corte europeia um “produto” quase acabado a respeito da possível violação ao direito comunitário: BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 213.

¹⁶⁵ Outro interessante requisito formal de validade do parecer fundamentado é a exigência do princípio da colegialidade nas decisões da Comissão. Processo TJUE nº C-191/95, de 19 de setembro de 1998, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*.

¹⁶⁶ A discricionariedade da Comissão é apontada na doutrina e na jurisprudência do TJUE como uma das características marcantes da ação por incumprimento. Tal discricionariedade alcança contornos quase absolutos permeando toda a atuação da Comissão no âmbito da ação por incumprimento: passando pela decisão de notificar ou não o Estado-membro a respeito do suposto incumprimento; pela conveniência de elaborar o parecer fundamentado; pela oportunidade de se instaurar a fase judicial; até a vontade de

É de se dizer que, conforme previsão no TFUE, especificamente o artigo 259º, aos Estados-membros também é assegurada a legitimidade para ajuizar a ação por incumprimento perante o TJUE, desde que submeta o assunto previamente à apreciação da Comissão que terá o prazo de três meses a contar da data do pedido para formular o parecer fundamentado.

Apenas na hipótese de inércia da Comissão é que os Estados-membros encontram-se juridicamente autorizados para figurarem como sujeitos ativos da relação jurídica processual da ação por incumprimento.

É certo que, *"na prática, só raramente se tem verificado a propositura da acção de incumprimento por parte dos Estados-membros, que tendem a deixar à Comissão o pleno exercício do seu papel de velar pela aplicação das disposições do Tratado"*¹⁶⁷⁻¹⁶⁸.

E à Comissão, como se observa, é dada clara proeminência no contexto da fase pré-contenciosa da ação por incumprimento. Não é difícil concluir que a estrutura procedimental da ação por incumprimento nessa fase preliminar

instaurar uma ação por incumprimento pelo desrespeito à decisão do TJUE e a sugestão e indicação das sanções pecuniárias e multas. Em suma, não é a Comissão juridicamente obrigada a promover qualquer ato relacionado à ação por incumprimento. Neste sentido: BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 193 e 195. Por sua vez, criticando a discricionariedade ampla, e defendendo a obrigatoriedade de intervenção da Comissão em todos os casos críticos: DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 893 e 894. No que tange à jurisprudência do TJUE: Processo TJUE nº 7/71, de 13 de dezembro de 1971, Commission of the European Communities v French Republic (plena liberdade da Comissão para iniciar a fase judicial da ação por incumprimento); Processo TJUE nº 48/65, de 01 de março de 1966, Alfons Lütticke GmbH v Commission of the EEC (inviabilidade de atacar, mediante recurso de anulação, ato da Comissão que inicia o procedimento da ação por incumprimento); Processo TJUE nº C-87/89, de 17 de maio de 1990, Société nationale interprofessionnelle de la tomate and others v Commission of the European Communities (inviabilidade de atacar, mediante recurso de anulação, omissão da Comissão em iniciar o procedimento da ação por incumprimento); e, Processo TJUE nº 247/87, de 14 de fevereiro de 1989, Star Fruit Company SA v Commission of the European Communities (inviabilidade de atacar, mediante recurso por omissão, omissão da Comissão em iniciar o procedimento da ação por incumprimento).

¹⁶⁷ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 88.

¹⁶⁸ Exemplos de ações por incumprimento iniciadas pelos Estados-membros: Processo TJUE nº, 141/78, de 04 de outubro de 1979, French Republic v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, que resultou na declaração do incumprimento da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte; e os Processos TJUE nº 58/77, Ireland v. France e C-349/92, Spain v. United Kingdom, os quais não chegaram ao final com a prolação do acórdão pelo Tribunal em razão da desistência do processo pelos Estados-membros autores.

extrajudicial estimula a participação e atuação da Comissão em detrimento dos outros legitimados, os Estados-membros.

É, pois, a Comissão da União Européia que constitui o órgão supranacional autônomo, independente e comunitariamente compromissado com os interesses da integração; estando acima e independente de qualquer ordem ou interesse nacional de quaisquer dos Estados-membros.

A desejada atuação da Comissão na fase pré-contenciosa¹⁶⁹ tem por finalidade viabilizar uma ampla e irrestrita restauração e recomposição da legalidade comunitária, sem que seja necessário o ingresso na fase contenciosa, com a conseqüente atuação do TJUE¹⁷⁰.

Nessa perspectiva, tem sido exitosa a fase pré-contenciosa mostrando-se capaz de solucionar a maior parte dos casos instaurados pela Comissão, mediante a procura permanente do compromisso, da composição amigável¹⁷¹.

Segundo ANTUNES e VILAÇA, "[...] graças ao diálogo instaurado, na fase pré-contenciosa, entre os serviços da Comissão e as administrações nacionais, tem sido possível resolver a maior parte dos conflitos sobre a aplicação do direito comunitário sem necessidade de recurso à vida judicial"¹⁷².

¹⁶⁹ "En la práctica la Comisión ha demostrado, por razones obvias, una preferencia por lograr una solución con el Estado miembro concernido a través de estos medios informales". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 886.

¹⁷⁰ "Esta fase pré-contenciosa apresenta uma dupla finalidade. Primeiro, dá ao órgão comunitário a oportunidade de, num prazo razoável, adoptar o acto em falta, permitindo assim reduzir a conflitualidade judicial, promovendo a celeridade da administração comunitária e a economia processual". GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário: sumários desenvolvidos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 267. Em sentido parecido: CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 114.

¹⁷¹ BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 183.

¹⁷² VILAÇA, J. L. da Cruz; ANTUNES, L. M. Pais. **A integração portuguesa no sistema jurisdicional comunitário**. In: Análise Social. Vol. XXVIII (118-119), 1992, p. 896. No mesmo sentido de forma peremptória: DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, nº 3, 1993, p. 887. Mais a frente, quando tratarmos sobre a eficácia do acórdão do TJUE proferido no âmbito da ação por incumprimento, discutiremos os casos de incumprimento reiterado ou persistente, os quais consistem na manutenção do incumprimento pelo Estado-membro mesmo após o provimento jurisdicional declaratório.

Vale acrescentar ao que se expõe, com passagem de BERGERÈS que, ao tratar da preferência da Comissão pela abordagem diplomática, afirma:

"Na realidade, é preciso ver que o recurso ao Tribunal não é o objectivo essencial. O objectivo directo e imediato é a cessação do incumprimento. Para o efeito, são suficientes algumas pressões na maior parte dos casos. Esta constatação é confirmada pela importante diferença entre o número de processos iniciados pela Comissão e o número de acórdãos proferidos. Esta relação é presentemente de cerca de vinte por um. Nesta fase, a abordagem diplomática da solução é incontestavelmente prioritária e é facilitada:

- Pelo sigilo observado acerca da existência dos processos [...]; - Pelo enorme poder discricionário concedido à guardião da ordem jurídica comunitária durante as diversas etapas desta fase administrativa prévia [...]"¹⁷³.

3.6.2. Hipóteses de supressão da fase pré-contenciosa

Por regra, a existência da fase pré-contenciosa configura pressuposto processual de validade da ação por incumprimento. A observância da fase pré-contenciosa pela Comissão da União Europeia é condição necessária e obrigatória para viabilizar o acesso ao TJUE pela fase contenciosa da ação por incumprimento.

Entretanto, traz o TFUE algumas hipóteses em que se admite a supressão da fase pré-contenciosa autorizando-se o acesso directo ao TJUE pela via da ação por incumprimento.

¹⁷³ BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 191.

No contexto dos auxílios concedidos pelos Estados-membros, preocupa-se o TFUE com a compatibilidade desses auxílios financeiros com os objetivos do mercado interno da União Europeia, de modo que as concessões de recursos estatais não afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções (*artigo 107º do TFUE*).

Para esses casos, é o artigo 108º do TFUE que autoriza a supressão da fase pré-contenciosa:

Artigo 108º

[...]

2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer directamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, *em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º*.

Por sua vez, no âmbito da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao estabelecimento e ao funcionamento do mercado interno - a exceção das disposições fiscais, relativas à livre circulação de pessoas e aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados (artigo 114º, n. '1' e '2') - o TFUE, no artigo 114º, n. 9, também autoriza a supressão da fase pré-contenciosa para combater a utilização abusiva dos Estados-membros das permissões à manutenção de disposições nacionais contrárias às normas e medidas de harmonização:

Artigo 114º

[...]

9. *Em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º, a Comissão ou qualquer Estado-Membro pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos no presente artigo.*

Por fim, o artigo 348º do TFUE autoriza mais uma vez a supressão da fase pré-contenciosa da ação por incumprimento sempre e quando os Estados-membros falsearem as condições de concorrência no mercado interno europeu mediante a utilização de forma abusiva das faculdades expressamente preservadas pelo Tratado em nome da soberania e autonomia estatal:

Artigo 348.º

Se as medidas tomadas nos casos previstos nos artigos 346.º e 347.º tiverem por efeito falsear as condições de concorrência no mercado interno, a Comissão analisará com o Estado interessado as condições em que tais medidas podem ser adaptadas às disposições constantes dos Tratados.

Em derrogação do processo previsto nos artigos 258.º e 259.º, a Comissão ou qualquer Estado-Membro podem recorrer directamente ao Tribunal de Justiça, se considerarem que outro Estado-Membro está a fazer utilização abusiva das faculdades previstas nos artigos 346.º e 347.º. O Tribunal de Justiça decide à porta fechada.

Como dito, em todas as hipóteses transcritas, o Tratado deixa expressamente de vincular e condicionar o acesso ao TJUE ao percorrimto da fase extrajudicial obrigatória em todos os outros casos de incumprimento. A importância do funcionamento do mercado interno europeu para a União

Européia somada à urgência da repressão de comportamentos contrários ao direito comunitário orientam a opção do legislador comunitário originário.

3.6.3. *Fase contenciosa da ação por incumprimento*

De volta ao trâmite normal da ação por incumprimento, observa-se que, esgotadas na fase pré-contenciosa todas as possibilidades de espontânea reposição da legalidade comunitária pelos Estados-membros tidos por infratores, tem a Comissão novamente a discricionariedade de iniciar a fase contenciosa mediante o ajuizamento da ação por incumprimento perante o TJUE¹⁷⁴.

O início da fase contenciosa da ação por incumprimento transforma por completo o molde procedimental até então observado porquanto ocorre a judicialização da controvérsia comunitária tendo como protagonistas, por regra, uma instituição comunitária – Comissão da União Européia (sujeito ativo) – e um Estado-membro potencialmente infrator (sujeito passivo).

A judicialização experimentada pela controvérsia comunitária - estando esta representada pela violação do bloco de *communitariedade* pelos Estados-membros - importa na submissão da ação por incumprimento às normas jurídicas comunitárias que regem a tramitação dos processos no âmbito do TJUE¹⁷⁵.

¹⁷⁴ "The ECJ Referral is the last means to which the Commission can resort in cases of persistent non-compliance". BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: *Journal of European Public Policy*, n. 8, 2001, p. 808. Ainda neste sentido: "Os recursos são hoje em dia relativamente frequentes e são expressão bastante fiável de certas patologias jurídicas. Alguns Estados parecem assim ter uma visão relativamente pouco constrangedora das obrigações que lhes são impostas pelos Tratados". BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 199; e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: *Revista de Processo*, v. 149, 2007, p. 174.

¹⁷⁵ "O processo do Tribunal de Justiça é de natureza nitidamente inquisitória. Uma vez apresentado o requerimento inicial, o Tribunal irá dirigir o andamento do processo, nomeadamente mediante a fixação dos prazos em que a defesa, a réplica e a tréplica terão de ser apresentadas. Além disso, o Tribunal decide livremente se deverá ser aberta uma instrução podendo decidir oficiosamente nesse sentido, mesmo na ausência de qualquer pedido das partes [...]". BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 91.

Notadamente, é o Protocolo nº 3, relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Européia, bem como o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 1991, que disciplinam o regime jurídico-processual das ações perante o TJUE¹⁷⁶.

São esses diplomas normativos que regulam a organização geral do Tribunal de Justiça; a estruturação detalhada do processo perante o TJUE; as regras específicas referentes à representação processual, legitimação das partes, instrução probatória¹⁷⁷; os procedimentos especiais e as normas relativas ao Tribunal Geral, aos Tribunais Especializados e ao Tribunal da Função Pública; os requisitos de validade e eficácia dos acórdãos, os recursos; as ações autônomas de impugnação; e, ainda, as prerrogativas dos Juízes e dos advogados-gerais para o exercício de suas funções comunitárias.

Toda a estruturação procedimental da ação por incumprimento na fase contenciosa segue rigorosamente as regras supra estipuladas, assim como todos os outros mecanismos processuais existentes no contencioso comunitário.

O que é certo é que o trâmite jurisdicional da ação por incumprimento, ou melhor, a concatenação dos atos processuais da ação por incumprimento perante o TJUE destina-se a viabilizar que o Tribunal de Justiça seja apto a proferir um provimento jurisdicional que encerra a ação por incumprimento.

Este provimento jurisdicional será em breve analisado, não sem antes indicar as hipóteses de não cabimento da ação por incumprimento.

¹⁷⁶ Não só o Estatuto do Tribunal de Justiça e o Regulamento de Processo disciplinam o regime jurídico-processual perante o TJUE. Com esta mesma função pode-se mencionar o Regulamento Adicional, de 04 de dezembro de 1974 e as Instruções ao Secretário do Tribunal, também de 04 de dezembro de 1974.

¹⁷⁷ A respeito do ônus da prova na ação por incumprimento assim já se manifestou o TJUE: “In proceedings under article 169 of the eec treaty for failure to fulfil an obligation it is incumbent upon the commission to prove the allegation that the obligation has not been fulfilled. It is the commission ' s responsibility to place before the court the information needed to enable the court to establish that the obligation has not been fulfilled , and in so doing the commission may not rely on any presumption”. Processo TJUE nº 96/81, de 25 de maio de 1982, *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands*.

4. ACÓRDÃO DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO: EFICÁCIA E INEXECUÇÃO

Percorrido todo o rito procedimental da ação por incumprimento, e após ampla e profunda cognição do TJUE a respeito da existência de violação do direito comunitário perpetrada por conduta ativa ou passiva de algum dos Estados-membros; resta ao Tribunal pronunciar-se a respeito da questão posta a sua cognição, declarando/constatando ou não o incumprimento alegado.

O pronunciamento final do TJUE no âmbito de qualquer mecanismo processual perante o Tribunal, como também na ação por incumprimento, é representado pelo provimento jurisdicional chamado de ‘acórdão’.

É o acórdão que põe termo aos processos perante o TJUE¹⁷⁸, de modo que no âmbito da ação por incumprimento o acórdão materializa o entendimento sobre a existência ou não da incompatibilidade entre a atuação normativa do Estado-membro e a ordem jurídica comunitária.

Neste sentido, sendo presente a compreensão do acórdão proferido pelo TJUE, interessa então analisar os efeitos produzidos por aquele provimento jurisdicional no âmbito da ação por incumprimento.

4.1. Efeitos jurídicos do acórdão na ação por incumprimento

O acórdão na ação por incumprimento pode ter dois resultados distintos: declara inexistência de incumprimento ou declara a existência do incumprimento.

¹⁷⁸ Após sua prolação, o conteúdo acórdão apenas pode ser modificado por simples requerimento das partes na forma do art. 66 do Regulamento de Processo ou mediante a formação de processo especial autônomo em que se objetiva a interpretação formal de determinado acórdão, na forma do art. 102 do Regulamento de Processo.

Na primeira hipótese, a declaração da inexistência do incumprimento no acórdão tem conteúdo puramente declaratório. Por certo, não há alteração da situação jurídica então vigente, visto que o TJUE apenas declara de forma definitiva que o comportamento estatal está plenamente de acordo com a ordem jurídica comunitária.

Inexiste, portanto, nesse caso, a identificação de qualquer crise jurídica a ser debelada.

Por outro lado - e este ponto merece destaque - a declaração pelo acórdão do TJUE de eventual incumprimento praticado pelo Estado-membro produz efeitos jurídicos relevantes a serem considerados no pronunciamento jurisdicional.

Pretende o TJUE por meio de seu acórdão promover "[...] *una constatación en abstracto de una situación jurídica determinada, consistente en un comportamiento ilícito*"¹⁷⁹.

A questão está em saber qual o conteúdo jurídico dessa constatação do comportamento ilícito de determinado Estado-membro.

4.1.1. Conteúdo declaratório do acórdão na ação por incumprimento

Observa-se que a compreensão a respeito do conteúdo jurídico do acórdão que constata o incumprimento tem origem na própria literalidade dos dispositivos normativos do Tratado de Roma (1957) que conceberam a ação por incumprimento no âmbito da então Comunidade Econômica Européia (CEE) e da Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa)¹⁸⁰. Vejamos:

¹⁷⁹ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 841.

¹⁸⁰ Importante esclarecer que o regramento da ação por incumprimento no âmbito da CECA tem características completamente distintas daquela concebida para as outras duas Comunidades (CEE e CEEa). O art. 88 do Tratado de Paris tinha a seguinte redação: "Art. 88. Se a Alta autoridade considerar que um Estado não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, declarará verificado o incumprimento por meio de decisão fundamentada, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. A Alta Autoridade fixará ao Estado em causa um prazo para o cumprimento da sua obrigação.

CEE – Tratado de Roma

Artigo 171. Se o Tribunal de Justiça ***declarar*** que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

CEEA – Tratado de Roma

Art. 147º. Se o Tribunal de Justiça ***declarar*** que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

Como se nota, os primeiros dispositivos que disciplinavam o pronunciamento do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) na ação por incumprimento previam expressamente que o Tribunal *declarava* o não cumprimento das obrigações por parte de um Estado-membro.

Mesmo com a evolução da integração, que resultou na reforma e alteração dos tratados constitutivos, as redações supra mantiveram-se intactas, sofrendo apenas reposicionamento topográfico nos tratados e agregação de novas previsões normativas relativas à inexecução do acórdão do TJUE.

CE – Tratado de Maastricht

Art. 228º. 1. Se o Tribunal de Justiça ***declarar*** que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse

Esse Estado pode interpor recurso de plena jurisdição para o Tribunal no prazo de dois meses a contar da notificação da sua obrigação.”. Considerava-se então que o Tribunal de Justiça exercia papel de revisão da aplicação de sanções por incumprimentos declarados e verificados pela Alta Autoridade, cujas funções em muito se assemelhavam às funções da Comissão da União Europeia. Em virtude desse poder de revisão diz-se que a ação por incumprimento na CEEA era um ‘recurso de plena jurisdição’, porquanto ao TJ foi conferido poderes de revisar as sanções aplicadas pela Alta Autoridade, podendo com isso analisar amplamente os fundamentos fáticos e jurídicos em que se baseou a extinta instituição comunitária.

Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

2. Se considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as referidas medidas, e após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações, a Comissão formula um parecer fundamentado especificando os pontos em que o Estado-Membro não executou o acórdão do Tribunal de Justiça.

Se o referido Estado-Membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo, indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal de Justiça declarar que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 227

UE – Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE)

Artigo 260º

1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia **declarar** verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.

2 . Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o

montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.o

3. Quando propuser uma acção no Tribunal ao abrigo do artigo 258.o, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma directiva adoptada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão.

Como se vê, a prolongada manutenção da vigência do texto normativo que disciplina a manifestação do TJUE na ação por incumprimento resultou em profícua produção jurisprudencial¹⁸¹ e doutrinária¹⁸² no sentido de que o acórdão do TJUE produziria *efeito meramente declaratório*¹⁸³.

¹⁸¹ "El Tribunal de Justicia ha venido afirmando la naturaleza declarativa de sus sentencias por incumplimiento desde 1960". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 840.

¹⁸² Ver nota de rodapé 58, p. 42 em: MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997.

¹⁸³ Efeito declaratório porque apenas "[...] constata el incumplimiento desde el momento en que se produjo". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 840.

Neste sentido é a doutrina de MESQUITA:

"A formulação daquele artigo, designadamente o teor literal da sua primeira parte, tem sido utilizada como argumento em favor da opinião que, desde a década de sessenta, tem vindo a ser manifestada por grande parte da doutrina, segundo a qual o acórdão proferido pelo Tribunal tem uma natureza meramente declarativa"¹⁸⁴.

O reflexo prático dessa conclusão é o forte estrangulamento da atuação do TJUE, e, por consequência do comando a ser inserido no provimento jurisdicional.

Considerando que o Tratado autoriza apenas que o TJUE declare o incumprimento, remetendo ainda aos Estados-membros a obrigação de realizar as medidas necessárias à execução do acórdão¹⁸⁵; extraiu-se daí que ao Tribunal cabia apenas e tão-somente declarar/constatar a incompatibilidade normativa entre o comportamento dos Estados-membros e o bloco de comunitariedade¹⁸⁶. Sendo assim, nenhuma outra providência, manifestação ou determinação poderia ser inserida no dispositivo do acórdão.

Como dito, além do TJUE limitar-se apenas a pronunciar uma declaração do incumprimento, o Tratado ainda reverte aos Estados-membros a obrigação de eliminar a situação de incumprimento, cabendo a eles decidir como e quando farão a resposição da legalidade comunitária¹⁸⁷.

¹⁸⁴ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 42.

¹⁸⁵ FRADERA, referindo-se ao princípio da solidariedade, aponta que os Estados-membros têm "*dupla obrigação de comportamento, positivo e negativo. [...] devem os Estados membros tomar todas as medidas gerais e/ou particulares com vistas a assegurar a execução das obrigações que decorrem do Tratado ou dos atos das instituições comunitárias, bem como facilitar o cumprimento das finalidades da Comunidade e abster-se de tomar as medidas suscetíveis de comprometer a realização dos objetivos do Tratado*". FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A Jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como Orientadora do Novo Direito**. In: Revista de Informação Legislativa, v.36, nº 143, jul./set. de 1999, p. 272.

¹⁸⁶ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 43.

¹⁸⁷ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 48.

Neste sentido, as didáticas palavras de DIEZ:

"Siendo tal su valor, y tratándose de una sentencia que no impone prestación alguna, sino que es meramente declarativa de una situación de infracción del derecho comunitario, el Estado miembro deberá, para proceder a su ejecución, conformarse a éste"¹⁸⁸.

Não estaria autorizado o Tribunal a dirigir qualquer ordem ao Estado-membro orientada a eliminar o incumprimento, tudo porque o acórdão teria carácter estritamente declaratório¹⁸⁹.

Nos ensinamentos de MESQUITA:

"[...] o Tribunal não poderá quer indicar ao Estado membro infractor quais as medidas convenientes para a reposição da legalidade na ordem jurídica comunitária, isto é, necessárias e suficientes para pôr termo ao incumprimento verificado, quer substituir-se ao próprio Estado na adopção daquelas medidas pondo, efectivamente, termo ao incumprimento"¹⁹⁰.

Dessa limitação dos poderes jurisdicionais do Tribunal para assegurar a efetividade de seus próprios pronunciamentos, DIEZ extrai duas consequências:

¹⁸⁸ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 842.

¹⁸⁹ Essa impossibilidade de o Tribunal dirigir determinações aos Estados-membros foi bem articulada nos Processos TJUE nº 31 e 53/77 R, de 21 de maio de 1977, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Commission of the European Communities*.

¹⁹⁰ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 43. No mesmo sentido: BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 196.

"Por una parte, el Tribunal 'no tiene poder de anular las medidas estatales que constituyen la infracción'. En segundo lugar, no corresponde en principio al Tribunal ordenar al Estado miembro las medidas que debe adoptar para cesar la infracción y, con ello, dar cumplimiento a la sentencia"¹⁹¹.

Muito embora o Tribunal não possa agregar outras espécies de pronunciamentos ao seu acórdão de conteúdo declaratório, aparenta evidente que a declaração do TJUE tem relevante extensão do ponto de vista temporal e subjetivo.

No que diz respeito à eficácia temporal do acórdão, pode-se dizer que "[...] *la sentencia del Tribunal, siendo de carácter declarativo, despliega, [...] efectos ex tunc en el sentido de que el incumplimiento es constatado respecto de todo el tiempo durante el cual se verificó*"¹⁹².

Justamente por possuir essa natureza declaratória e por constatar situação de desconformidade normativa já manifestada, o acórdão produz efeitos *ex tunc* transformando a situação pretérita afetada pelo estado de incumprimento, ou melhor, imprimindo em todas as relações jurídicas constituídas ao tempo do estado de incumprimento declarado, uma marca indelével de contrariedade ao direito comunitário.

A respeito dessa perspectiva, MESQUITA mais uma vez faz interessante análise:

"Numa perspectiva de salvaguarda do bom funcionamento e da legalidade da ordem jurídica comunitária, impõe-se como solução desejável a produção de efeitos não só *ex nunc*, para o futuro, mas

¹⁹¹ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 840.

também ex tunc, como único meio para atingir, na medida do possível, a plena reposição da legalidade e a eliminação das consequências causadas pela situação de incumprimento. [...]

Só assim se torna possível, para além da prevenção das consequências futuras do incumprimento, a supressão retroactiva da infracção, a reposição do estado de coisas no momento imediatamente anterior ao cometimento da infracção"¹⁹³.

Não há dúvidas de que a finalidade última da ação por incumprimento, e por consequência do acórdão prolatado pelo TJUE, é a “*eliminação efetiva dos incumprimentos e das respectivas consequências, passadas e futuras*”¹⁹⁴.

Em acréscimo, a extensão subjetiva dos efeitos do acórdão que julga a ação por incumprimento é de natureza *erga omnes*¹⁹⁵, irradiando eficácia por todo o espaço jurisdicional da União Europeia e, por consequência, para todos os cidadãos europeus atingidos pelas práticas de determinado Estado-membro incompatíveis com o bloco de comunitariedade.

4.1.2. Evolução do conteúdo e efeitos do acórdão

Como afirmado, o conteúdo meramente declaratório do acórdão que julga o pedido deduzido na ação por incumprimento encontra respaldo na interpretação literal do atual artigo 260 do TFUE (originário art. 171 do TCEE)

¹⁹² DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 843.

¹⁹³ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma ação por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 41.

¹⁹⁴ Processo TJUE nº 70/72, de 12 de julho de 1973, Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany. No mesmo sentido: Processo TJUE nº 7/71, de 14 de dezembro de 1971, Commission of the European Communities v French Republic.

¹⁹⁵ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 850. Neste sentido: Processo TJUE nº 48/71, de 13 de julho de 1972, Commission v. Italy.

que prescreve que o Tribunal deve declarar verificado o não cumprimento de obrigações assumidas pelos Estados-membros.

Nota-se, entretanto, que o TJUE passou a identificar no conteúdo do acórdão na ação por incumprimento aspectos até então negados ou não explorados, alargando aquele conteúdo outrora meramente declaratório, e, por consequência, a própria produção dos efeitos do provimento jurisdicional em relação ao Estados-membro e, sobretudo, os cidadãos europeus.

Na lição de MESQUITA – doutrina que analisou especificamente os efeitos do acórdão no âmbito da ação por incumprimento – tem-se que:

"[...] a jurisprudência foi avançando no sentido de alargar o conceito de acórdão meramente declaratório, tendo contribuído decisivamente para a determinação e estabelecimento do verdadeiro alcance dos efeitos do acórdão no âmbito da acção por incumprimento, ultrapassando largamente o teor literal do artigo 171º, tal como constava do Tratado de Roma"¹⁹⁶.

Imprimiu-se na interpretação dos dispositivos constantes no Tratado que disciplinavam o acórdão proferido pelo TJUE na ação por incumprimento, posicionamento mais flexível, ampliando decisivamente a possibilidade de a ação por incumprimento promover alterações importantes no sentido de restabelecer a legalidade comunitária.

Sendo assim, a evolução da jurisprudência do TJUE foi aos poucos adotando técnicas processuais que possibilitassem incrementar, de maneira direta ou indireta, os efeitos úteis produzidos pelo provimento jurisdicional proferido na ação por incumprimento¹⁹⁷.

¹⁹⁶ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 48.

¹⁹⁷ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 46.

Dentre as técnicas adotadas, ganha destaque a *“fixação, através da fundamentação e motivação da sua decisão, de determinados efeitos ao seu acórdão, cujo alcance ultrapassa então claramente as restrições de carácter formal que encerra, superando o teor literal do artigo 171º [...]”*¹⁹⁸.

Nessa perspectiva, passa então o Tribunal a indicar - de maneira assertiva - no corpo da fundamentação de seus acórdãos, que o provimento jurisdicional produziria efeitos mais amplos que aquele previsto literalmente no Tratado, e mais extensos do que parecia permitir o dispositivo e a conclusão do acórdão, que restringiam-se a efetivamente declarar o incumprimento.

O movimento evolutivo da jurisprudência do Tribunal pautou-se na orientação jurídica segundo a qual:

"[...] aquele conceito [carácter declaratório do acórdão] deve ser entendido em termos amplos sob pena de uma visão formalista e estática da ordem jurídica comunitária e do reconhecimento da menor eficácia ou mesmo ineficácia dos mecanismos - designadamente o que ora se analisa - expressamente previstos para a salvaguardar e aperfeiçoar"¹⁹⁹.

Nenhum sentido haveria extrair-se do acórdão, como resultado final prático da ação por incumprimento, uma simples declaração de situação jurídica, sem que daí não haja concretos desdobramentos jurídicos no sentido de efetivamente eliminar a incompatibilidade detectada; não só no sentido de impor ao Estado-membro ou aos seus órgãos obrigações bem definidas, mas, sobretudo, permitir que os particulares – cidadãos europeus afetados pelo incumprimento – possam exigir eventuais reparações de prejuízos decorrentes da ilícita atuação estatal.

Neste sentido, novamente, MESQUITA:

¹⁹⁸ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 46.

"Assim, o Estado deve, pois, não só eliminar da esfera jurídica comunitária e nacional o acto gerador do incumprimento, mas também reparar os efeitos ilícitos por aquele produzidos. Tal reparação implica, pois, que a cessação do incumprimento retroaja à data do facto gerador do incumprimento, apontando a solução do Tribunal no tocante aos efeitos no tempo, quando possível, para uma aplicação retroactiva do acórdão que não valerá apenas para o futuro - mas também para o passado - lançando assim o gérmen da possibilidade de responsabilizar o Estado em função da respectiva condenação - declaração de incumprimento expressa no acórdão"²⁰⁰.

A manifestação de MESQUITA tem o mérito de resumir em um parágrafo boa parte da evolução jurisprudencial a respeito da interpretação do conteúdo do acórdão da ação por incumprimento.

4.1.2.1. Proibição de aplicação da norma contrária ao direito comunitário

Cabe esclarecer que o primeiro efeito adicional implementado no acórdão da ação por incumprimento seria o da *'proibição de pleno direito de aplicação da norma contrária ao direito comunitário'*.

Como já afirmado em capítulo anterior, este efeito não decorre diretamente do acórdão prolatado, constituindo apenas explícita manifestação do princípio do primado, que tem a força jurídica de paralisar a eficácia da norma jurídica interna dos Estados-membros.

¹⁹⁹ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 46.

²⁰⁰ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 49.

É no acórdão proferido no Processo TJUE nº 48/71, de 13 de julho de 1972, *Commission of the European Communities v. Italian Republic* – primeira ação por incumprimento de segundo grau²⁰¹ - que o Tribunal afirma expressamente que da constatação do incumprimento pelo acórdão decorre o efeito de proibição de pleno direito de as autoridades nacionais permanecerem aplicando a norma jurídica declarada incompatível com o direito comunitário:

“In the present case the effect of community law, declared as *res judicata* in respect of the Italian Republic, is a prohibition having the full force of law on the competent national authorities against applying a national rule recognized as incompatible with the treaty and, if the circumstances so require, an obligation on them to take all appropriate measures to enable community law to be fully applied”.

Em verdade, a proibição de aplicação de norma jurídica desconforme com o direito comunitário cria, *ex nunc*, uma obrigação de não fazer ao Estado-membro responsável pela edição da norma jurídica.

Nasce para ele a obrigação de não aplicar a norma jurídica tida contrária à ordem comunitária.

Na ótica de MESQUITA:

"Desde logo - e com carácter verdadeiramente inovador - estabelece-se, caso o incumprimento se consubstancie numa norma nacional contrária ao direito comunitário

²⁰¹ TFUE - Artigo 260º [...] 2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.º

(traduzindo-se num acto positivo do Estado - criação de uma norma posterior incompatível com o direito comunitário - e/ou apenas num acto negativo - não rectificação atempada da norma contrária), uma 'proibição de pleno direito' de a aplicar"²⁰².

A obrigação de não aplicar a norma interna incompatível com o direito comunitário assume variação menos radical sob a figura da interpretação conforme do direito nacional à luz do direito supranacional.

Estaria o poder judiciário dos Estados-membros obrigado a imprimir na norma interna interpretação e aplicação que lhe conferisse formato mais compatível e aceitável pela ordem comunitária²⁰³.

Reconhece-se contudo que, em alguns casos, a solução de inaplicação das normas nacionais contrárias ao direito comunitário "*no elimina la incertidumbre jurídica que genera el mantenimiento en vigor de las medidas nacionales ni asegura una adecuada actuación de las autoridades nacionales*"²⁰⁴.

4.1.2.2. Obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente

Mais tarde, em 1986, além da declaração do incumprimento e da proibição de aplicação da norma jurídica incompatível com o bloco de comunitariedade, o TJUE passou a entender que o acórdão da ação por incumprimento criaria

²⁰² MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 51.

²⁰³ QUADROS refer-se à regra da interpretação *in dubio pro communitate*: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 490. Em igual sentido: SARMIENTO, Daniel. **El reto constitucional de la Unión Europea en tiempos post-constitucionales**. In: Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Año 6, N°. 15, 2008, p. 40. Já ALONSO GARCIA afirma expressamente a existência de uma doutrina da interpretação conforme: GARCIA, Ricardo Alonso. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008, p. 27.

²⁰⁴ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, N° 3, 1993, p. 850.

também a obrigação por parte do Estado-membro infrator de eliminar o incumprimento retroativamente²⁰⁵.

Note-se que esse novo efeito veio a suprir, ou melhor, complementar o efeito de proibição de aplicação da norma. Isso porque a não aplicação da norma jurídica desconforme repercutiria apenas nas relações jurídicas futuras ou vindouras, não alcançando portanto as relações jurídicas já afetadas pelo comportamento ilícito do Estado-membro.

Justamente por essa razão, a declaração do incumprimento também criaria para o Estado-membro infrator a obrigação de eliminar o incumprimento não só a partir de sua constatação, mas também retroativamente.

Não chega o Tribunal a admitir que o próprio acórdão teria o condão de produzir efeito desconstitutivo das relações jurídicas entabuladas tendo por referência a norma jurídica interna incompatível. Nem mesmo admite que o conteúdo declaratório do incumprimento atingiria a própria validade das normas jurídicas estatais, nulificando-as em definitivo²⁰⁶.

A decisão do Tribunal no processo nº 168/85, de 15 de outubro de 1986, de fato, amplia a eficácia do item 1 do art. 260 do TFUE²⁰⁷ – impõe ao Estado-membro o dever de adotar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal - e incorpora esta obrigação já prevista no Tratado ao conteúdo do acórdão da ação por incumprimento.

Diante desta interpretação conferida pelo Tribunal, as medidas necessárias a serem adotadas pelos Estados-membros com o objetivo de eliminar o

²⁰⁵ Processo TJUE nº 168/85, de 15 de outubro de 1986, *Commission of the European Communities v Italian Republic*.

²⁰⁶ Negando a competência do tribunal para declarar a nulidade de normas internas dos Estados-membros: Processo TJUE nº 6/60, de 16 de dezembro de 1960, *Jean-E. Humblet v Belgian State*: “*The court’s jurisdiction to rule on any dispute [...] does not enable it to interfere directly in the legislation or administration of the member states. Therefore the court cannot, on its own authority, annul or repeal laws of a member state or administrative measures adopted by its authorities. [...] The court has no jurisdiction to annul legislative or administrative measures of one of the member states. [...] Community law does not grant to the institutions of the community the right to annul legislative or administrative measures adopted by a member state*”.

incumprimento deixam de referir-se apenas à aplicação futura da norma jurídica violadora, mas também à correção de todas as consequências jurídicas produzidas pela conduta contrária ao direito comunitário.

Essa, portanto, é a razão do novo efeito incorporado ao acórdão da ação por incumprimento: obrigação de o Estado-membro eliminar o incumprimento retroativamente.

4.1.2.3. Responsabilização do Estado-membro pelos danos causados aos particulares em virtude do incumprimento

Avançando um pouco mais na construção da eficácia do acórdão na ação por incumprimento, o Tribunal, em 1991, elabora sua construção jurisprudencial mais efetiva e revolucionária²⁰⁸ no âmbito do direito comunitário e da ação por incumprimento com vistas a manutenção da eficácia da ordem jurídica comunitária.

Observando que a proibição de aplicação do direito interno contrário ao direito comunitário, e ciente de que a obrigação de reparação retroativa do incumprimento ainda dependia de esforços que partissem exclusivamente do Estado-membro infrator, e, por fim, sabendo que o Tribunal carecia de competência para inequivocamente impor aos Estados-membros as medidas que deveriam ser por eles adotadas; desenvolveu então Corte da União Europeia a teoria da responsabilidade dos Estados-membros pelos atos que violassem a ordem jurídica comunitária²⁰⁹.

²⁰⁷ TFUE – Art. 260. 1. Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.

²⁰⁸ “El principio de responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho Comunitario es junto con la primacía y la eficacia directa uno de los pilares básicos que articulan las relaciones Derecho comunitario-Derecho interno”. BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 383.

²⁰⁹ “[...] la afirmación de que la sentencia del Tribunal produce efectos ex tunc sólo puede traducirse — aparte la obligación de cesar el incumplimiento — en la obligación de reparar el daño causado”. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 843.

Muito próximo ao que foi dito, tem-se SCHERMES e WAELBROECK:

“When there is a domestic act violating Community Law, non-application of the act may be a sufficiently effective remedy. But breaches by States do not always consist of acts which national courts can refuse to apply; many acts are applied by the government itself, without any court being involved. It depends on the national legal order whether a citizen can sue his government for damages caused by the government’s breach of Community law. [...]”²¹⁰.

O princípio da responsabilidade extracontratual dos Estados-membros desenvolvido pelo Tribunal tem dois objetivos: tutelar os direitos dos particulares derivados do direito comunitário e, paralelamente, fortalecer o ordenamento jurídico comunitário²¹¹.

É certo que a responsabilização dos Estados-membros por atos contrários ao direito comunitário não estava nem está previsto nos Tratados, tendo TJUE justificado a adoção da teoria da responsabilidade dos Estados-membros como *"expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los*

²¹⁰ SCHERMERS, Henry e WAELBROECK, Denis. **Judicial Protection in the European Communities**. The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 323.

²¹¹ ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y México, 2007, p. 315-316-317. A respeito da tutela dos direitos dos particulares: “[...] o princípio da responsabilidade patrimonial dos Estados membros por infração ao direito comunitário somente se desenvolveu a partir das deficiências que apresentavam os mecanismos existentes de tutela dos direitos dos particulares. [...] Através do acórdão Comissão c. Itália, abriu-se para os particulares, ainda que de modo indireto, uma via para sanar um prejuízo sofrido através da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito comunitário, ante uma infração de um órgão jurisdicional nacional, mesmo que esse não seja diretamente responsabilizado. Para uma atuação mais direta, os particulares podem recorrer a via indenizatória na ordem jurídica de cada Estado membro [...]. LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 267 e 273.

*Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado*²¹².

Sendo assim, a noção de responsabilidade por infrações é corrente na ordem jurídica interna de todos os Estados-membros, sendo, portanto, possível e admissível impor àqueles Estados essa modalidade de responsabilização.

É no processo FRANCOVICH²¹³ que o TJUE lança as bases jurídicas do princípio da responsabilidade estatal por incumprimentos da ordem comunitária²¹⁴.

E o Tribunal é muito claro ao afirmar que:

“La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro. Esta posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.

²¹² ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y México, 2007, p. 318.

²¹³ Processo TJUE nº C-6/90, de 19 de novembro de 1991, Andrea Francovich, Danila Bonifaci e outros v. República da Itália.

²¹⁴ BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 383. A respeito do atraso do TJUE na formulação do princípio da responsabilidade dos Estados-membros pelas violações do direito comunitário, ver: LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 9-10.

De ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado”²¹⁵.

Na ótica do Tribunal, então, a regra de responsabilização é inerente ao sistema dos Tratados²¹⁶, tendo sido estipulada como mais uma medida para assegurar a plena eficácia do direito comunitário.

Passa-se a exigir dos Estados-membros que efetuem a reparação pretérita dos danos causados por sua atuação ilícita e contrária à ordem jurídica comunitária, bem como, confere aos particulares, concretamente afetados pelos atos ilícitos, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado infrator, perante seu próprio Judiciário, a reparação que lhes é devida, tendo como causa de pedir a violação do direito comunitário e os danos decorrentes dessa desconformidade²¹⁷.

A inovação construída pelo TJUE em matéria de responsabilidade estatal por violação de regras alheias ao seu próprio ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito ao regime de responsabilidade estatal no âmbito do direito internacional público é que:

"[...] la reparación en el sistema comunitario opera [...] en el marco del derecho nacional en materia de

²¹⁵ Processo TJUE nº C-6/90, de 19 de novembro de 1991, Andrea Francovich, Danila Bonifaci e outros v. República da Itália.

²¹⁶ “[...] la Sentencia Francovich [...] declara que se trata de un principio «inherente al sistema del Tratado» (considerando 35), es decir, un principio propio del Derecho comunitario. Además, el TJCE define con carácter general este principio, de manera que no sólo sería aplicable ante el incumplimiento de la obligación de transposición de una directiva comunitaria (supuesto que originó la sentencia Francovich y que se repetirá en la sentencia Dillenkofer, Erdmann, Schulte, Heuer y Knor de 8 de octubre de 1996 - Ass. 178-179 y 188-190/94—) sino que se extendería a cualquier forma de incumplimiento del Derecho comunitario”. BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, pags. 384.

²¹⁷ BARRIONUEVO refere-se a um “régimen de responsabilidad de carácter mínimo y objetivo. [...] Mínimo, dado que de existir un régimen de responsabilidad estatal más favorable para los ciudadanos debería ser ese sistema el que se aplicase; y lo más importante objetivo, porque el criterio determinante para la puesta en marcha de la responsabilidad sería la mera infracción de la norma comunitaria, incluso con independencia del órgano nacional del que proceda la transgresión”. BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 384.

responsabilidad, correspondiendo al ordenamiento interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales que procedan"²¹⁸.

Apesar de remeter a disciplina material e processual da responsabilização – princípio da autonomia institucional²¹⁹ – à regulação dos próprios Estados-membros, nota-se que o Tribunal estabeleceu algumas balizas teóricas para o fim de se caracterizar a responsabilidade do Estado infrator.

Ainda em FRANCOVICH o Tribunal estabeleceu três requisitos para a configuração da responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito comunitário:

“40. El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

41 Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario”.

²¹⁸ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 846.

²¹⁹ “[...] el Tribunal comunitario reenvía a las disposiciones nacionales la fijación de las medidas de reparación, de conformidad con la lógica del principio de la autonomía del procedimiento. [...] la autonomía procesal del Estado miembro presenta un carácter subordinado respecto de la protección efectiva de los derechos de los particulares” DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 844 e 847.

Em complementação ao regime criado pelo acórdão FRANCOVICH, o TJUE estabelece novos parâmetros²²⁰ nos Processos TJUE nº 46 e 48/93, de 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd* e outros.

Em substancial e relevante fundamentação, o TJUE, em *BRASSERIE*, explicita com apurado rigor a teoria de responsabilidade dos Estados-membros:

“É por isso que, quando uma violação do direito comunitário por um Estado-Membro é imputável ao legislador nacional que actua num domínio onde dispõe de um amplo poder de apreciação para efectuar escolhas normativas, os particulares lesados têm direito à reparação desde que a regra de direito comunitário tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade directo entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.

Com esta reserva, é no quadro do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado pela violação do direito comunitário que lhe é imputável, subentendendo-se que as condições fixadas pela legislação nacional aplicável não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna, nem estabelecidas de forma a tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação.

Em especial, o órgão jurisdicional nacional não pode, no quadro da legislação nacional que aplica, subordinar a reparação à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estadual a quem o incumprimento é imputável,

²²⁰ MARTIN, José María Fernández. **El Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daños Causados por el Incumplimiento de las Normas de Derecho Comunitario: Evolución Jurisprudencial Reciente**. In: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, Nº 2, 1996, p. 505-538.

que vá além da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário.

Relativamente a essa violação suficientemente caracterizada da regra comunitária, o critério decisivo para considerar que ela se verificou é o da violação manifesta e grave, por um Estado-Membro, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação. A este respeito, entre os elementos que o órgão jurisdicional competente pode ser levado a tomar em consideração, figuram o *grau de clareza e de precisão da regra violada*, o *âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias*, o *carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado*, o *carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito*, o *facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário*. De qualquer modo, encontramos-nos perante uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada, quando esta perdurou, apesar de ter sido proferido um acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa.

5. A reparação, pelos Estados-Membros, dos prejuízos que causaram aos particulares em virtude de violações do direito comunitário deve ser adequada ao prejuízo sofrido. Não existindo disposições comunitárias nesse domínio, incumbe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro fixar os critérios que permitem determinar a extensão da indemnização, subentendendo-se que não podem ser menos favoráveis do que os relativos às

reclamações ou acções semelhantes baseadas no direito interno e que, de modo algum, podem ser fixados de forma a tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a reparação. Uma regulamentação nacional que limita, de um modo geral, o prejuízo reparável apenas aos prejuízos causados a determinados bens individuais especialmente protegidos, com exclusão do lucro cessante dos particulares, viola o direito comunitário. No quadro de reclamações ou acções baseadas no direito comunitário, devem, por outro lado, poder ser concedidas indemnizações específicas, como a indemnização "exemplar" do direito inglês, se também o puderem ser no quadro de reclamações ou acções semelhantes baseadas no direito nacional".

Em suma, além dos requisitos da atribuição de direitos aos particulares com conteúdo indetectável e individualizável, e da relação de causalidade entre a ação estatal desconforme com a ordem jurídica comunitária e os danos causados aos particulares; o Tribunal acresce que, a partir de *BRASSERIE*, passa a existir um:

“[...] doble régimen de responsabilidad, según la inexistencia o existencia de margen de apreciación por parte del Estado a la hora de aplicar la norma comunitaria a cumplir. Así, si el Estado carece de margen de apreciación, bastaría con la simple infracción del Derecho comunitario para plantearse la responsabilidad (responsabilidad objetiva y automática según se estableció en la sentencia *Francovich*). Por el contrario, cuando el Estado dispone de margen de apreciación, no sólo bastaría con el incumplimiento, sino que además deberían reunirse tres requisitos (responsabilidad subjetiva) enunciados por el TJCE en la sentencia *Brasserie*, a saber: que la norma jurídica violada confiera derechos a los particulares, que exista una violación

suficientemente caracterizada, y que exista una relación de causalidad entre la infracción de la obligación y el daño sufrido por las víctimas”²²¹.

Cria-se portanto em BRASSERIE duas modalidades de responsabilidade, objetiva e subjetiva, a depender da margem de apreciação que dispunha o Estado-membro para aplicar o direito comunitário.

Inexistindo margem de apreciação a responsabilidade será objetiva, considerando ainda os requisitos descritos em FRANCOVICH. Havendo, por sua vez, margem de apreciação, a responsabilidade será subjetiva, devendo ainda ser demonstrada uma violação suficientemente caracterizada²²², constituindo esta: (i) no grau de clareza e precisão da regra violada; (ii) no âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias; (iii) o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo declarado; (iv) o carácter escusável ou não de eventual erro de direito; (v) o fato de as atitudes adotadas por uma instituição comunitária ter contribuído para a omissão, a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário.²²³

Sob o manto da violação suficientemente caracterizada, o Tribunal agrega à teoria da responsabilidade estatal no âmbito do direito comunitário requisitos rigorosíssimos para sua verificação tendo em vista “*complexidade das*

²²¹ BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, pags. 384-385.

²²² “[...] podemos encontrar dos supuestos:

- Que la norma infringida sea clara precisa e incondicional o que sin ser así su alcance haya sido perfectamente delimitado por el TJCE (o lo que es igual que no exista margen de apreciación). En cuyo caso el requisito de violación suficientemente caracterizada se cumpliría automáticamente (por tanto, aquí se objetiviza el principio).

- Que la norma infringida no sea clara, precisa e incondicional, ni haya sido delimitado su contenido por el TJCE (es decir, que exista margen de apreciación), en cuyo caso será necesario acudir a los elementos subjetivos enunciados en Brasserie para determinar la existencia de una violación suficientemente caracterizada”. BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 386-387.

²²³ LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 21-22.

*situações a regular, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos e, de uma forma mais especial, a margem de apreciação de que dispõe o autor do acto impugnado*²²⁴.

Essa série de pressupostos para se justificar e viabilizar a responsabilização dos Estados infratores, quer então significar que, caso não preenchidos os requisitos estipulados pelo Tribunal, os Estados infratores podem ver seus incumprimentos declarados, confirmando sua atuação ilícita perante o direito comunitário, mas estarem isentos de qualquer responsabilidade diante dos cidadãos diretamente afetados pelas condutas ilícitas.

Em sequência, ainda no ano de 1996, o Tribunal profere outro acórdão conhecido por BRITISH TELECOMMUNICATIONS²²⁵, em que exige o preenchimento dos requisitos referentes à responsabilidade subjetiva dos Estados-membros por violação da ordem jurídica comunitária para os casos de equivocada execução das diretivas.

Enquanto no processo FRANCOVICH estava em pauta a não transposição da diretiva, aplicando-se a responsabilidade objetiva, no processo BRITISH TELECOMMUNICATIONS, a diretiva havia sido transposta pelo Estado-membro, mas de modo equivocado, ou com incorreta execução de suas prescrições, resultando na incidência da responsabilidade subjetiva.

Já num quarto acórdão do TJUE, o Tribunal começa a manifestar algumas incoerências e oscilações doutrinárias em torno do regime de responsabilidade.

A partir do acórdão conhecido por LOMAS²²⁶, o Tribunal, a respeito do duplo regime de responsabilidade construído em BRASSERIE – objetiva e subjetiva a depender da margem de apreciação – passou a exigir a realização do teste da violação suficientemente caracterizada mesmo nos casos em que não há margem de apreciação, deturpando a doutrina originária no sentido de que a

²²⁴ Processos TJUE nº 46 e 48/93, de 5 de março de 1996, Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland e The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e outros, item 43.

²²⁵ Processo TJUE nº C-392/93, de 26 de março de 1996, The Queen v. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.

violação suficientemente caracterizada seria requisito específico das hipóteses em que há margem de apreciação.

Mais precisamente, o que de fato consta na fundamentação de LOMAS é que:

“28 No que se refere à segunda condição [*violação suficientemente caracterizada*], há que considerar que, na hipótese de o Estado-Membro em causa, no momento em que cometeu a infracção, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada”.

Há, portanto, uma ampliação do conceito de violação suficientemente caracterizada admitindo sua verificação inclusive nas hipóteses em que não há margem de apreciação pelo Estado-membro.

No quinto acórdão relevante para a teoria da responsabilidade construída pela jurisprudência, proferido mediante a reunião dos processos acumulados DILLENKOFER, ERDMANN, SCHULTE, HEUER Y KNOR²²⁷; nota-se que o Tribunal tenta conferir uniformidade e coerência ao desenvolvimento de sua jurisprudência em matéria de responsabilidade dos Estados-membros.

Após recordar a jurisprudência do Tribunal a respeito das conseqüências indenizatórias dos prejuízos sofridos pelos particulares em decorrência de violações do direito comunitário imputáveis a um Estado-membro; o TJUE esclarece:

²²⁶ Processo TJUE nº C-5/94, de 23 de maio de 1996, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*

²²⁷ Processos TJUE nº 178-179 e 188-190/94, de 8 de outubro de 1996, *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor contra Bundesrepublik Deutschland.*

“23 No essencial, as condições estabelecidas nestes diferentes acórdãos são as mesmas, visto que a condição da existência de uma violação suficientemente caracterizada, embora, é certo, não seja mencionada no acórdão Francovich e o, já referido, era, contudo, inerente às circunstâncias do caso.

24 Ao afirmar que as condições em que a responsabilidade confere um direito a reparação dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo sofrido, o Tribunal de Justiça considerou, com efeito, que a apreciação de tais condições era função de cada tipo de situação.

25 Na realidade, por um lado, existe uma violação suficientemente caracterizada quando uma instituição ou um Estado-Membro, no exercício do seu poder legislativo, viole, de forma manifesta e grave, os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes (v. acórdãos de 25 de Maio de 1978, HNL e o./Conselho e Comissão, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, Recueil, p. 1209, n. 6, Collect., p. 421; Brasserie du pêcheur e Factortame, já referido, n. 55; e British Telecommunications, já referido, n. 42), e, por outro, na hipótese de o Estado-Membro em causa, no momento em que cometeu a infracção, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada (v. acórdão Hedley Lomas, já referido, n. 28)”.

Pode-se ainda fazer referência a um último acórdão relevante para o regime de responsabilidade²²⁸, o qual aponta a atual tendência do TJUE que se inclina cada vez mais a subjetivizar o critério da clareza e precisão da norma

²²⁸ Processos TJUE nº 283, 291 e 192/94, de 17 de outubro de 1996, Denavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV v. Bundesamt für Finanzen.

comunitária como elemento configurador da violação suficientemente caracterizada de maneira que a intenção do Estado passa a ter um papel predominante.

A conclusão que se infere da evolução jurisprudencial do TJUE é que o Tribunal foi aos poucos extinguindo o duplo regime de responsabilidade inaugurado com o acórdão *BRASSERIE* – objetiva e subjetiva a depender da margem de apreciação do Estado-membro – limitando e subordinando a responsabilização dos Estados-membros apenas à responsabilidade subjetiva consubstanciada pela demonstração da violação suficientemente caracterizada²²⁹.

Com a exigência do teste da violação suficientemente caracterizada inclusive para os casos em que não há margem de apreciação ou cuja margem é extremamente reduzida; o Tribunal acabou por construir um regime único de responsabilidade marcadamente subjetivo, que exige o cumprimento dos três requisitos enunciados em *BRASSERIE* e especialmente o teste de violação suficientemente caracterizada²³⁰.

É sob esta perspectiva que a análise de *BARRIONUEVO* apresenta-se extremamente pertinente:

“[...] las inejecuciones y ejecuciones incompletas, las ejecuciones incorrectas y tácitas constituyen los supuestos más frecuentes de incumplimiento, debería aplicarse a todos estos casos un régimen objetivo de

²²⁹ "El derecho a la indemnización es reconocido en situaciones comparables (asimilables), requiriéndose condiciones específicas que son las siguientes: a) La existencia de una norma jurídica comunitario que se contraviene, de las que tienen por objeto conferir derechos a los particulares. b) La violación suficientemente caracterizada. [...]. c) El tercer requisito necesario es la relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas, y que la norma jurídica comunitaria violada tenga por objeto conferir derechos a particulares". ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado**. Problemas actuales y derecho comunitario. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 320.

²³⁰ BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 386. Defendendo a correção da jurisprudência do TJUE sobre a teoria da responsabilização dos Estados-membros: BEUTLER, Björn. **State liability for breaches of Community law by national courts: Is the**

responsabilidad, para reforzar la posición de los particulares ya suficientemente desprotegidos por la reiterada negación por el TJCE del efecto directo horizontal de las directivas comunitarias. [...]

[...] esta nueva evolución desvirtúa por completo la finalidad originaria del sistema de responsabilidad que no era otra que la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario otorga a los particulares, pues cada vez más se tiende a eliminar el automatismo (objetivización de la responsabilidad) potenciando los elementos subjetivos (intencionalidad) siempre moldeables y discutibles por los Estados infractores y por el propio TJCE ante presiones de estos”²³¹.

Fica evidente que, a declaração do incumprimento pelo Tribunal mediante acórdão acaba por definir as bases da responsabilidade do Estado infrator²³², facilitando a tarefa das vítimas ao buscar o ressarcimento perante os órgãos jurisdicionais daquele Estado-membro²³³.

4.1.2.4. Obrigação de revogar a norma contrária ao direito comunitário

Compreendida a extensão da obrigação de o Estado-membro infrator indenizar os particulares pelos danos a eles causados por violação de norma comunitária, importa destacar, por fim, um último efeito do acórdão que julga a ação por incumprimento.

requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle? In: Common Market Law Review, V. 46, Issue 3, 2009, p. 773–804.

²³¹ BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, p. 388.

²³² Processo TJUE nº 39/72, de 7 de fevereiro de 1973, Commission of the European Communities v Italian Republic.

Com a publicação do acórdão na ação por incumprimento, surge para o Estado infrator a obrigação de revogar a norma interna contrária ao direito comunitário.

Decerto, a própria manutenção de disposição normativa incompatível com o direito comunitário representa típico caso de incumprimento pelo Estado-membro. Reconhece o TJUE que a simples declaração pelo Tribunal da incompatibilidade normativa entre a norma interna e a norma comunitária é insuficiente para restaurar a legalidade comunitária.

Sendo assim, reconhecido o incumprimento representado pela manutenção de norma incompatível com o direito comunitário, o Tribunal declara essa violação em seu acórdão, de onde se extrairá também a obrigação do Estado-membro de revogar – eliminar do sistema jurídico estatal - a norma interna contrária, seja ela de origem legislativa, regulamentar ou administrativa²³⁴.

Novamente, entende o TJUE que, após declarado o incumprimento, este não cessa enquanto a disposição normativa nacional incompatível permanecer no sistema jurídico daquele Estado-membro infrator²³⁵.

O Tribunal vai além quando afirma que “[...] *mesmo que, na prática, as autoridades de um Estado-Membro não apliquem aos nacionais dos outros Estados-Membros disposições nacionais contrárias ao direito comunitário, esta circunstância não é susceptível de fazer desaparecer a violação do direito comunitário consubstanciada por tais disposições*”²³⁶.

Ou seja, independentemente da aplicação ou não da norma jurídica tida por incompatível com o direito comunitário, o TJUE reconhece a permanência do estado de incumprimento. Até mesmo a correta aplicação do direito

²³³ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 845.

²³⁴ Processo TJUE nº C-334/94, de 7 de março de 1996, Comissão das Comunidades Europeias v. República Francesa.

²³⁵ MARTÍN, Araceli Mangas. **La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario: evolucion jurisprudencial**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 14, Nº 2, 1987, p. 311-338.

²³⁶ Processo TJUE nº C-358/98, de 9 de março de 2000, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana..

comunitário, a despeito da manutenção da vigência da norma interna contrária, importa em situação de incumprimento reprovada pelo Tribunal por atentar contra a segurança jurídica²³⁷.

Conforme decidido pelo TJUE no Processo nº 169/87:

"Um Estado-membro, do qual certas disposições legislativas ou regulamentares foram julgadas contrárias ao direito comunitário pelo Tribunal, num acórdão proferido em acção por incumprimento, é obrigado a modificar ou revogar essas disposições. Nem a simples publicação de um aviso ministerial, que deixa intocada a legislação existente e cria assim uma situação juridicamente ambígua, geradora de insegurança jurídica, nem a adopção de simples práticas administrativas, por natureza susceptíveis de modificação por vontade da administração, são suficientes para satisfazer a obrigação de executar integralmente o acórdão do Tribunal"²³⁸.

A simples vigência, então, da norma jurídica revela o status de incumprimento do Estado-membro, exigindo-se assim a revogação formal da norma jurídica pelo Estado infrator²³⁹.

²³⁷ Processo TJUE nº C-197/96: *"deve dizer-se que, em razão da manutenção do artigo L 213-1 do code du travail, os titulares desse direito se encontram num estado de incerteza quanto à sua situação jurídica e estão expostos a processos penais injustificados"*. Ainda: *"[...] no basta con que el derecho comunitario sea efectivamente aplicado, sino que resulta necesario en todo caso poner formalmente fin a las disposiciones nacionales incompatibles con ella, y ello, en última instancia, en aras del principio de seguridad jurídica"*. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 851. Ainda neste sentido: GARCIA, Ricardo Alonso. **La seguridad jurídica como presupuesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario**. In: Revista española de derecho administrativo, N.51, 1986, p.439-445.

²³⁸ Processo TJUE nº 169/87, de 13 de julho de 1988, Commission of the European Communities v French Republic.

²³⁹ Processo TJUE nº C-334/94, de 7 de março de 1996, Comissão das Comunidades Europeias v. República Francesa. : *"Com efeito, é jurisprudência constante que a incompatibilidade de uma legislação nacional com as disposições comunitárias, mesmo directamente aplicáveis, não pode ser definitivamente eliminada senão através de normas internas de carácter coercivo com o mesmo valor jurídico que as que devem ser modificadas. Simples práticas administrativas, por natureza modificáveis ao critério da administração e desprovidas de publicidade adequada, não podem ser consideradas como constituindo execução válida das obrigações impostas pelo Tratado (v., nomeadamente, o acórdão de 13 de Março de 1997, Comissão/França, C-197/96, Colect., p. I-1489, n.º 14)"*.

Em suma, considerando a evolução do conteúdo do acórdão do TJUE na ação por incumprimento²⁴⁰, observa-se como consequências jurídicas daquele provimento jurisdicional (i) a declaração do incumprimento, (ii) a proibição de aplicar a norma contrária ao direito comunitário; (iii) a obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente; (iv) a possibilidade de o Estado infrator ser responsabilizado pelos danos decorrentes do incumprimento e, por fim, (v) a obrigação de revogar a norma contrária ao direito comunitário.

Apesar da evolução dos efeitos do acórdão na ação por incumprimento, o TJUE não assumiu a competência de determinar com precisão em seu provimento quais as medidas deveriam ser adotadas pelo Estado-membro infrator para eliminar o incumprimento²⁴¹.

Quer-se dizer que, a evolução jurisprudencial dos efeitos do acórdão da ação por incumprimento certamente representou uma forma indireta²⁴² de o Tribunal determinar quais medidas deveriam ser adotadas pelos Estados-membros.

Este modo indireto de influenciar a conduta dos Estados-membros evidencia-se na medida em que o TJUE identifica nos efeitos de seu acórdão, por exemplo, a obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente e de revogar a norma contrária ao direito comunitário.

Muito embora não haja no pronunciamento jurisdicional ordem diretamente proferida ao Estado infrator, por certo, a construção jurisprudencial extraiu

²⁴⁰ Há quem afirme que tais efeitos não decorrem diretamente do acórdão que julga a ação por incumprimento, sendo verdadeira manifestação do princípio do primado (posição de prevalência das normas comunitárias na ordem jurídica dos Estados-membros), e, por consequência na obrigação derivada atribuída ao Estado-membro para respeitar, cumprir e efetivar o direito comunitário. Ver: DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 842, 845 e 849; e Processo TJUE nº 314 a 316/81 e 83/82, de 14 de dezembro de 1982, Procureur de la République and Comité national de défense contre l'alcoolisme v Alex Waterkeyn and others ; Procureur de la République v Jean Cayard and others: “*The rights accruing to individuals derive not from the judgment finding that that state has failed to fulfil its obligations but from the actual provisions of community law*”.

²⁴¹ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 58.

²⁴² “Este derecho actúa por la vía indirecta sobre la base de los principios de primacía, eficacia directa y responsabilidad”. ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del**

obrigações decorrentes de seus acórdãos sob o argumento de que o pronunciamento jurisprudencial apenas refletia e veiculava obrigações já constantes em disposições normativas do direito comunitário²⁴³.

Sendo assim, o espaço de atuação em que não interfere o Tribunal seria, por exemplo, o modo de se eliminar o incumprimento retroativamente e a maneira de se eliminar da ordem interna a norma jurídica tida por incompatível com o direito comunitário.

Na linha do que prevê o TFUE (artigo 260º), é o Estado-membro quem deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão, sobretudo no que diz respeito à eliminação do incumprimento e ao alinhamento das condutas estatais aos ditames normativos da ordem jurídica comunitária.

No que diz respeito à possibilidade de o Tribunal determinar em seus acórdãos especificamente as medidas de execução a serem adotadas pelos Estados-membros, DIEZ aponta que "[...] *el principal argumento en contra se encuentra en el principio de separación de poderes entre las Instituciones comunitarias y los Estados miembros*"²⁴⁴.

4.1.3. Incompatibilidade entre norma jurídica interna e comunitária: há possibilidade de anulação da norma interna pelo TJUE?

Manifestação clássica e paradigmática de incumprimento dos Estados-membros está caracterizada na constatação da incompatibilidade entre determinada norma jurídica interna e determinada norma jurídica comunitária.

estado. Problemas actuales y derecho comunitario. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 305.

²⁴³ Processo TJUE nº 314 a 316/81 e 83/82, de 14 de dezembro de 1982, Procureur de la République and Comité national de défense contre l'alcoolisme v Alex Waterkeyn and others ; Procureur de la République v Jean Cayard and others

²⁴⁴ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros.** In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 868. PITTA E CUNHA nega veementemente a possibilidade de o Tribunal impor coercitivamente a adoção de medidas aos Estados-membros: CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 88.

A contrariedade normativa substancial entre normas pertencentes a ordens jurídicas distintas (nacional e comunitária) mas que mantêm alto grau de inter-relacionalidade é ponto crucial do constitucionalismo europeu porquanto tende a redefinir as bases da natureza da União Européia, como também de sua relação e aceitação pelas ordens constitucionais dos Estados-membros²⁴⁵.

Quando se abordou a questão afeta ao princípio do primado, esclareceu-se que a relação de prevalência da ordem comunitária sobre o direito nacional não importa na revogação da norma interna pela norma jurídica comunitária.

Com respaldo em PITTA E CUNHA²⁴⁶, afirmou-se que a relação de incompatibilidade estaria no plano da eficácia e não no plano da validade ou existência da norma jurídica. Por essa razão, diz-se que o primado produz efeito bloqueador, paralisando a eficácia das normas internas dos Estados-membros, anteriores ou posteriores, contrárias à disposição comunitária.

Justamente por essa razão, o acórdão proferido na ação por incumprimento não pode produzir efeitos distintos daqueles produzidos pelo próprio direito material objeto da controvérsia comunitária. Se da relação entre o direito comunitário e o direito nacional não se manifesta a invalidação deste em razão de contrariedade com aquele, seria de todo inconcebível admitir-se que do julgamento da ação por incumprimento pelo Tribunal extrair-se-ia o efeito nulificador de normas internas.

É a proibição de aplicação da norma interna incompatível com o direito comunitário manifestada pelo acórdão na ação por incumprimento que

²⁴⁵ Nas palavras do advogado geral proferidas no Processo TJUE nº 26/62, de 5 de fevereiro de 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration; o qual manifestou-se contrariamente à eficácia direta do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros: "La situación del derecho constitucional en los Estados miembros, y más en especial, la apreciación de las relaciones entre el derecho supranacional o internacional y la legislación nacional posterior, están lejos de ser uniformes. Si se reconociera el artículo 12 en efecto interno directo, de esa situación resultaría que, en parte tan sólo de los Estados miembros, las infracciones al artículo 12 producirían la nulidad y la inaplicabilidad de la normativa aduanera nacional". Apud: GARCIA, Ricardo Alonso. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008, p. 31.

²⁴⁶ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 60.

representa com mais clareza o efeito bloqueador do princípio do primado, atingindo diretamente a eficácia da norma jurídica dos Estados-membros²⁴⁷.

A norma interna incompatível mantém-se válida do ponto de vista jurídico, mas com eficácia paralisada por haver norma comunitária em sentido contrário no âmbito da União Europeia.

A primeira decisão do TJUE que evidenciou a inexistência do efeito nullificador da norma comunitária (e por consequência das decisões do Tribunal) sobre as normas internas foi o caso HUMBLET²⁴⁸ no qual o Tribunal *“pronuncia-se sobre a natureza do acórdão e sobre os limites da sua própria competência no que respeito ao controlo de legalidade no quadro de uma acção por incumprimento”*²⁴⁹.

Ainda que sob o parâmetro da extinta CECA, o TJUE explicitou as bases jurídicas do entendimento - ainda vigente - de que a Corte não detém competência para anular atos praticados pelas autoridades (legislativas, jurisdicionais e administrativas) dos Estados-membros:

“Therefore the court cannot, on its own authority, annul or repeal laws of a member state or administrative measures adopted by its authorities.

[...]

On the other hand the court has no jurisdiction to annul legislative or administrative measures of one of the member states.

The ECSC treaty is based on the principle of a strict separation of the powers of the community institutions and those of the authorities of the member states.

²⁴⁷ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 849-850.

²⁴⁸ Processo TJUE nº 6/60, de 16 de dezembro de 1960, Jean-E. Humblet v Belgian State.

²⁴⁹ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 44.

Community law does not grant to the institutions of the community the right to annul legislative or administrative measures adopted by a member state.

Thus, if the high authority believes that a state has failed to fulfil an obligation under the treaty by adopting or maintaining in force provisions contrary to the treaty, it may not itself annul or repeal those provisions but, in accordance with article 88 of the treaty, it may merely record such a failure and subsequently institute proceedings as set out in the treaty to prevail upon the state in question itself to rescind the measures which it had adopted.

The same applies to the court of justice. Under the terms of article 31 of the treaty it has responsibility for ensuring that community law is observed and by article 16 of the protocol has jurisdiction to rule on any dispute relating to the interpretation or application of the protocol but it may not, on its own authority, annul or repeal the national laws of a member state or administrative measures adopted by the authorities of that state²⁵⁰.

Diante das afirmações do Tribunal, e do ponto de vista prático, chega-se a se discutir a sensível proximidade dos efeitos concretos da proibição de se aplicar a norma contrária cumulada com a obrigação de eliminá-la do mundo jurídico nacional; e a própria nulidade da norma em decorrência da incompatibilidade com o direito comunitário²⁵¹.

²⁵⁰ Processo TJUE nº 6/60, de 16 de dezembro de 1960, Jean-E. Humblet v Belgian State.

²⁵¹ Identifica-se na doutrina ao menos duas possibilidades de declaração da norma interna em razão da incompatibilidade com a norma comunitária. De forma muito sutil, afirma CATALANO que a edição pelos Estados-membros de normas que se insiram no raio da competência exclusiva da União Européia, representariam evidente abuso de poder e usurpação de poderes definitivamente transferidos àquela estrutura supranacional. CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 182-183. De forma mais explícita, QUADROS afirma: "Temos aqui o único caso [artigo 14º, nº 2, par. 2, do Protocolo relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu] (aliás, olvidado por grande parte da doutrina) em que, como é característico de um Estado federal, um acto de Direito nacional se encontra sujeito ao controlo directo da sua legalidade por um Tribunal Comunitário, em termos tais que este goza de competência para julgar a validade daquele". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 337. E ainda: "o já referido Protocolo relativo aos Estatutos do SEBC e do BCE, de 1992, veio pôr em causa essa construção clássica. De facto, e como há pouco mostrámos, o TJ pode anular, num

Nessa linha de raciocínio tem-se – por todos - SCHERMERS e WAELBROECK que demonstram que, na prática, muito embora o TJUE remeta às Cortes nacionais a decisão sobre a invalidez ou não da norma interna incompatível, o espaço jurídico de manobra hermenêutica resta extremamente limitado, importando na verdadeira inaplicabilidade da norma pelo Judiciário nacional, e na conseqüente revogação formal da norma legislativa ou regulamentar²⁵².

Divagando sobre a possibilidade de o TJUE declarar a nulidade de norma nacional contrária à ordem jurídica comunitária, DIEZ pondera que eventual exercício pelo Tribunal desta competência deve ser vista com muita cautela e aplicada com muita prudência, respeitando as dificuldades de índole técnico-jurídicas que enfrentaria a Corte para compatibilizar as conseqüências jurídicas da anulação pretendida²⁵³.

Ademais dessa ponderação, DIEZ, ainda, aponta que a eventual possibilidade de o TJUE declarar a nulidade de norma nacional poderia suprir eventual lacuna no controle da compatibilidade normativa de normas em alguns países, tal como ocorre na Espanha, cujo sistema jurídico não dispõe de mecanismo para controle da comunitariedade das normas internas:

"La consecuencia es que no existe en España ningún cauce para impugnar la validez de las leyes contrarias al derecho comunitario, ni para proceder a su anulación, sin perjuicio de la competencia - y obligación de los órganos jurisdiccionales para dejar inaplicadas tales leyes de conformidad con la jurisprudencia Simmenthal. El

recurso de anulação, um acto de Direito nacional que demita um governador de um banco central nacional (artigo 14º, nº 2, daquele Protocolo)". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 404-405.

²⁵² SCHERMERS, Henry e WAELBROECK, Denis. **Judicial Protection in the European Communities**. 5ª ed. The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 319. Com raciocínio equivalente MESQUITA questiona a verdadeira utilidade da ab-rogação no âmbito interno do Estado-membro. MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 52-53.

²⁵³ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 863.

reconocimiento de una competencia al Tribunal de Justicia para declarar la nulidad de las normas nacionales contrarias al derecho comunitario vendría pues a salvar esta situación, introduciendo un cauce judicial para la eliminación de cualquier norma nacional contraria al derecho comunitario"²⁵⁴.

Apesar desses argumentos, a nulidade da norma interna incompatível com o direito comunitário é tese que enfrenta sérias resistências sobretudo por não se adequar à natureza da União Européia e de sua ordem jurídica que, como já afirmado no início do trabalho, não mantém relação vertical com a ordem jurídica dos Estados-membros (relação de subordinação), mas sim uma relação horizontal (relação de coordenação)²⁵⁵.

Parece claro também que o TJUE é órgão estranho à estrutura orgânica e constitucional dos Estados-membros, não sendo o responsável constitucional pelo controle da validade das normas jurídicas daqueles Estados²⁵⁶.

A respeito das teses contrárias à anulação de normas internas pelo TJUE:

"Las ventajas que reportaría la atribución de dicha competencia al Tribunal de Justicia tendrían en todo caso un alcance limitado. Por una parte, los tribunales nacionales se encuentran ya, como vimos, ante la prohibición de aplicar una disposición nacional que haya sido declarada por el Tribunal incompatible con el Derecho comunitario. Por otra parte, tal competencia no

²⁵⁴ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 865.

²⁵⁵ CONSTANTINESCO, Vlad. **¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?** In: Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol. n. 8, 1993, p. 9.

²⁵⁶ "Trata-se, pois, de uma decisão de um órgão exterior à própria estrutura de repartição de poderes no Estado destinatário - e não responsável directamente perante esses mesmos poderes - que, à luz do direito comunitário, valora um comportamento estatal - o qual se traduz na elaboração, aprovação e vigência de um diploma legal - e se pronuncia, ainda que de forma indirecta, sobre a validade e a eficácia desse comportamento". MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 98.

contribuiría en modo alguno a resolver los casos en que el incumplimiento por el Estado miembro deriva de una omisión. No obstante, la anulación por el Tribunal de las disposiciones nacionales contrarias al derecho comunitario introduciría seguridad jurídica y resultaría, qué duda cabe, un instrumento sumamente eficaz en los casos, claro está, en que nos encontráramos ante tales disposiciones.

[...]

Sin embargo el reconocimiento de una competencia tal en favor del Tribunal hubiera comportado una profunda alteración tanto de su función jurisdiccional como del sistema jurisdiccional comunitario. Por una parte, el Tribunal pasaría así a ejercer una función propia de un Tribunal federal. Por otra parte asumiría funciones que en el actual sistema judicial comunitario, de carácter descentralizado, corresponden ya sea a los tribunales constitucionales o a los tribunales nacionales en tanto que órganos de aplicación del Derecho comunitario, pudiendo por ello provocar, según algún autor, desequilibrios en la estructura judicial interna de algún Estado miembro.

[...]

Si lo primero no se corresponde quizá con el estadio actual del proceso de integración comunitaria —si bien el Tribunal ya desempeña en la actualidad funciones propias de una corte constitucional—, lo segundo, se ha dicho, podría repercutir negativamente en la asunción por los tribunales nacionales de su función en tanto que órganos comunitarios y en el espíritu de cooperación que preside las relaciones entre aquéllos y el Tribunal de Justicia".²⁵⁷

²⁵⁷ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros.** In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, N° 3, 1993, p. 861-862.

Independentemente da produção de efeito nulificador pelo acórdão que julga a ação por incumprimento, o que não se pode negar é que na ação por incumprimento o Tribunal exerce claramente um controle normativo (controle de legalidade²⁵⁸), emitindo juízo de valor consubstanciado no acórdão a respeito da compatibilidade ou não da norma interna com o direito comunitário²⁵⁹.

4.2. Consequências da inexecução pelos Estados-membros dos acórdãos do TJUE na ação por incumprimento: ação por incumprimento de segundo grau

Deve-se ter em mente que o procedimento da ação por incumprimento, desde sua fase pré-contenciosa até a prolação do acórdão pelo Tribunal de Justiça impõe ao Estado-membro condição penosa e desgastante uma vez que expõe perante toda a União Europeia crise jurídica relevante em razão da qual determinado Estado-membro deliberadamente viola a ordem jurídica comunitária que deveria ser eficaz e sobretudo uniforme em toda a extensão territorial da União.

Da efetiva ocorrência de situação desconforme com o direito comunitário até a constatação jurídica do incumprimento pelo acórdão do Tribunal, tem-se um período considerável de tempo em que os cidadãos – sejam nacionais ou estrangeiros do país infrator - que se submetam à influência fática ou jurídica daquele Estado-membro são privados de direitos subjetivos derivados da ordem jurídica comunitária.

Percebe-se então que a consequência adequada do acórdão que declara o incumprimento de Estado-membro - considerando ainda a jurisprudência cautelosa do TJUE de não interferir diretamente na reposição da legalidade comunitária pelo país infrator – seria a efetiva e irrestrita aceitação pelo Estado-

²⁵⁸ BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 149.

²⁵⁹ CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 91.

membro dos termos fixados no provimento jurisdicional prolatado, executando-se de imediato²⁶⁰ o acórdão mediante a supressão da ilegalidade.

Dessa conduta inclusive não poderia se esquivar o Estado-membro infrator tendo em vista a ausência de recursos para impugnar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça e a força obrigatória do provimento, na forma do artigo 65 do Regulamento de Processo²⁶¹.

Decerto, o contexto jurídico-processual da ação por incumprimento conduz à impressão de que restava ao Estado-membro infrator a única alternativa de executar o acórdão do Tribunal dando cabo efetivamente ao incumprimento.

Todavia, a prática da integração europeia demonstrou que a concepção inicial, presente na antiga Comunidade Económica Europeia (CEE), no que diz respeito ao cumprimento do acórdão proferido na ação por incumprimento apresentava-se ineficaz para assegurar a legalidade comunitária²⁶².

Ineficaz porque até o Tratado de Maastricht (1992), que deu origem à União Europeia e transformou a CEE em Comunidade Europeia (CE), inexistia nos Tratados qualquer mecanismo ou providência processual apto a forçar o cumprimento da decisão do Tribunal de Justiça.

Como afirmado, até Maastricht, apenas a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) – ainda que com configuração estrutural distinta da ação por incumprimento implementada a partir da CECA e da CEE - continha previsão

²⁶⁰ A respeito do tempo de execução do acórdão: Processo TJUE nº 169/87, de 13 de julho de 1988, Comissão das Comunidades Europeias v. República Francesa; e Processo TJUE nº 262/91, de 14 de outubro de 1992, Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana.

²⁶¹ Regulamento de Processo – Artigo 65º: O acórdão tem força obrigatória desde o dia em que é proferido. Ainda neste sentido: "Insusceptíveis de recurso, as decisões do Tribunal de Justiça gozam da força e autoridade de caso julgado a partir do momento em que são proferidas. Tenha-se, no entanto, em conta que a força de caso julgado abrange apenas os pontos de facto e de direito que foram efectiva ou necessariamente julgados pela decisão judiciária". CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p. 103. Ver ainda: Processo TJUE nº C-281/89, de 19 de fevereiro de 1989, Italian Republic v Commission of the European Communities; e Processo TJUE nº C-277/95 P, de 28 de novembro de 1996, Erika Lenz and Volker Lenz v Commission of the European Communities.

²⁶² GÓMEZ, José Manuel Frutos. **Las sentencias ex artículo 171 CEE y el problema de su cumplimiento por el Estado infractor**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 11, Nº 3, 1984, p. 783-808; e KOMÁREK, Jan. **Infringements in Application of Community Law: Some Problems and (Im)possible Solution**. In: Review of european administrative law; vol. 0, nr. 1, 2007, p. 87-98.

em seu tratado institutivo no sentido de impor o cumprimento de decisões que constatavam o incumprimento²⁶³:

Art. 88. Se a Alta autoridade considerar que um Estado não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, declarará verificado o incumprimento por meio de decisão fundamentada, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. A Alta Autoridade fixará ao Estado em causa um prazo para o cumprimento da sua obrigação.

Esse Estado pode interpor recurso de plena jurisdição para o Tribunal no prazo de dois meses a contar da notificação da sua obrigação.

Se o Estado não cumprir a sua obrigação no prazo fixado pela Alta Autoridade ou, em caso de recurso, se a este for negado provimento, a Alta Autoridade pode, após parecer favorável do Conselho, deliberando por maioria de dois terços:

- a) Suspender o pagamento das quantias que ele deva efetuar ao Estado em causa, por força do presente Tratado;
- b) Tomar, ou autorizar os outros Estados-membros a tomar, medidas derogatórias do disposto no artigo 4º, com o fim de corrigir os efeitos do incumprimento verificado.

Pode ser interposto recurso de plena jurisdição das decisões tomadas nos termos das alíneas 'a' e 'b' no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

²⁶³ "Saliente-se que é precisamente neste aspecto - previsão de sanções em caso de incumprimento - que reside uma das duas grandes diferenças entre o processo por incumprimento previsto nos Tratados de Roma e no Tratado de Paris". MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 72.

Se as medidas acima previstas se revelarem ineficazes, a Alta Autoridade submeterá o assunto à apreciação do Conselho.

Nota-se que o controle da manutenção reiterada dos incumprimentos, no contexto da CECA, era essencialmente político tendo em vista que se todas as medidas sancionatórias até então aplicadas revelarem-se ineficazes, a Alta Autoridade (embrião institucional da Comissão da União Européia) submeteria a título definitivo o assunto ao Conselho, que deveria encontrar uma solução política à persistência do incumprimento.

A partir de 1958, com a criação da CEEA e da CEE pelos Tratados de Roma, a ação por incumprimento passou a ter outra formatação, tanto no que diz respeito à judicialização da constatação do incumprimento²⁶⁴, bem como pela eliminação de mecanismos sancionatórios para atuar contra a manutenção da ilegalidade comunitária. Vejamos:

CEEA	CEE
Art. 147º. Se o Tribunal de Justiça declarar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.	Artigo 171. Se o Tribunal de Justiça declarar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

Ambos Tratados dispunham que declarado a violação do direito comunitário pelo TJUE por meio de seu acórdão na ação por incumprimento caberia ao

²⁶⁴ A esse respeito, BERGERES: "No Tratado CECA, nos termos do artigo 88º, existe uma decisão da Comissão que verifica o incumprimento. Compete pois ao Estado interpor recurso, se considerar que essa decisão não é justificada. Em contrapartida, no âmbito do Tratado CEE existe apenas um parecer não obrigatório que não produz efeitos. Compete pois ao Tribunal sancionar esse incumprimento com base num recurso da Comissão. Os dois mecanismos são pois muito diferentes na sua lógica. [...] No que se refere ao Tratado CECA, o artigo 88º precisa que o recurso interposto pelo Estado contra o parecer fundamentado da Comissão é um recurso de plena jurisdição que permite ao juiz, não só anular, mas também reformar a decisão tomada". BERGERES, Maurice-Christian, **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 194 e 196. No mesmo sentido: BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 155.

Estado-membro “*tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça*”.

No âmbito da CEEA e da CEE, em contraposição à eventual inexecução do acórdão pelos Estados-membros não previam os Tratados qualquer espécie de técnica processual destinada a assegurar a eficácia do provimento jurisdicional e, por consequência, do direito comunitário.

Ou seja, a ilícita persistência da violação ao direito comunitário por Estados-membros não encontraria no âmbito da ordem jurídica comunitária qualquer meio de impor a restauração da legalidade. Fragilizado estaria portanto o direito comunitário diante do tratamento dado à ação por incumprimento nos Tratados de Roma.

Na ótica de MESQUITA, deixar exclusivamente nas mãos dos Estados-membros a execução efetiva da reposição da legalidade comunitária atenta diretamente contra o atingimento dos objetivos da integração europeia:

"[...] no plano concreto, dos factos, a execução do acórdão, por parte dos Estados, repousa quase totalmente na sua vontade, sendo o seu comportamento decisivo para a prossecução dos objectivos comunitários, assistindo-se a que, na prática, funcione uma interpretação bastante literal e restrita do disposto no artigo 171º.

[...]

Trata-se, pois, do problema dos reais e efectivos efeitos do acórdão em caso de incumprimento, ou, mais simplesmente, do problema da eficácia do acórdão proferido na acção por incumprimento, eficácia que, aliás, o Tribunal não deixou de defender na sua jurisprudência"²⁶⁵.

²⁶⁵ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 70.

Visando preencher essa lacuna, o Tratado de Maastricht de 1992, alterou significativamente a disciplina da ação por incumprimento trazendo a nova redação para o artigo 228º do então Tratado da Comunidade Européia (TCE)²⁶⁶:

Art. 228º. 1. Se o Tribunal de Justiça declarar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

2. Se considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as referidas medidas, e após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações, a Comissão formula um parecer fundamentado especificando os pontos em que o Estado-Membro não executou o acórdão do Tribunal de Justiça.

Se o referido Estado-Membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo, indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal de Justiça declarar que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 227.

Como se vê, é retomada a perspectiva relativa à existência e à própria atualidade da problemática da execução dos acórdãos proferidos numa ação

²⁶⁶ Com maior precisão: DELGADO, Isaac Martín. **El procedimiento por inejecución en la Justicia europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; e **La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario**. In: Revista española de derecho europeo, Nº. 16, 2005, p. 595-626.

por incumprimento, e, por conseguinte, da eficácia em si deste meio contencioso enquanto instrumento de controle e garantia da legalidade comunitária²⁶⁷.

A partir de 1992, o então 1º pilar da Comunidade Europeia (CE) juntamente com a CEEA passaram a ter a sua disposição a ação por incumprimento de segundo grau como mecanismo processual adicional para potencializar a tutela da eficácia da ordem jurídica comunitária²⁶⁸.

Opta o Tratado de Maastricht por autonomizar o incumprimento decorrente da inexecução do acórdão ao invés de considerá-lo como manutenção do mesmo incumprimento já declarado:

"O fundamento da segunda acção por incumprimento, ou acção por incumprimento em segundo grau, reside na autonomização do incumprimento consubstanciado na falta de adopção das medidas adequadas para dar execução a um acórdão proferido numa acção por incumprimento (então a primeira), ou seja, na autonomização da obrigação a cargo do Estado membro infractor prevista no artigo 171º do Tratado de Roma.

[...]

De facto, a segunda acção por incumprimento tem como objecto imediato, em termos de actuação a ser adoptada pelo Estado infractor, o incumprimento do artigo 171º. Com isto pretendemos dizer que aquilo que formalmente está em causa é o incumprimento de uma obrigação diferente da obrigação cujo incumprimento foi declarado verificado na primeira acção - e que, como já se referiu, se autonomizou.

²⁶⁷ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 122.

²⁶⁸ Cabe aqui a transcrição de crítica elaborada por MESQUITA a respeito da opção pela ação por incumprimento de segundo grau: "No plano dos princípios, afigura-se que a segunda acção por incumprimento não resolve a questão da eficácia e do correcto cumprimento do acórdão, mas tão-somente o prolonga no tempo - supondo que o Estado persiste no incumprimento - para um momento posterior".

[...]

"[...] apesar de existir uma diferença formal em termos da obrigação a cumprir - obrigação prevista em determinada disposição de direito comunitário e obrigação prevista no art. 171^o -, do ponto de vista substancial, as medidas a adoptar para dar cumprimento ao segundo acórdão, coincidirão com as que são necessárias para dar execução ao primeiro acórdão"²⁶⁹.

Apesar desta autonomização, a estruturação procedimental da ação por incumprimento de segundo grau é praticamente idêntica àquela prevista para ação por incumprimento que a precede, havendo tanto a fase pré-contenciosa como a fase contenciosa²⁷⁰, resultando esta em novo acórdão a ser proferido pelo Tribunal declarando a não execução de seu acórdão incumprido²⁷¹.

A diferença essencial está na possibilidade concreta de a Comissão propor ao TJUE²⁷², quando da fase contenciosa da ação por incumprimento do segundo

MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 76.

²⁶⁹ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 76 e 77.

²⁷⁰ Criticando o procedimento da ação por incumprimento de segundo grau, pugnando por uma simplificação: "For example, the procedure for imposing sanctions upon defaulting Member States within the context of enforcement proceedings would be simplified in two ways.

First, where the Member State has already been found by the Court to be in breach of its obligations, the Commission would no longer be required to issue a reasoned opinion, only to give the Member State an opportunity to submit its observations. Secondly, where enforcement proceedings relate to an alleged failure to notify domestic measures transposing a directive adopted under a legislative procedure, the Commission would be able in its initial application to the Court to request the imposition of a financial penalty". DOUGAN, Michael. **The Treaty of Lisbon: Winning Minds, Not Hearts**. In: Common Market Law Review, n. 45, 2008, p. 673. Também criticando, porém de forma mais cautelosa, a estrutura procedimental da ação por incumprimento de segundo grau: "La exigencia de un procedimiento precontencioso parece apropiada a los efectos de establecer un marco adecuado en el que la Comisión pueda ejercer su función de vigilancia respecto de la ejecución de las sentencias por el Tribunal. En este sentido tiene el indudable mérito de permitir a la Comisión incitar al Estado miembro a cumplir la sentencia, así como entablar un diálogo con éste a los efectos de determinar las medidas de ejecución necesarias o la insuficiencia de las medidas adoptadas, favoreciendo de esta manera la consecución de un cumplimiento voluntario por el Estado. [...] podría esgrimirse que tratándose del cumplimiento de una sentencia previa del Tribunal debería agilizarse dicho procedimiento precontencioso, prescindiendo de una de las fases, y estableciendo claros límites al poder discrecional de la Comisión". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, N° 3, 1993, p. 853.

²⁷¹ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 809.

²⁷² Para objetivar o exercício desse requerimento de aplicação de penalidades, a Comissão da União Europeia publicou as comunicações 96/C242/07, de 21 de Agosto de 1996, sobre a aplicação do artigo

grau, a aplicação ao Estado-membro de sanção consistente em quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória²⁷³.

Institui-se, pois, no cenário da ação por incumprimento a possibilidade de imposição de sanções pecuniárias (*astreintes*) por parte do Tribunal de Justiça para induzir a definitiva execução das obrigações comunitárias pelo Estado-membro cuja infração persiste no tempo²⁷⁴.

Justamente por se tratar de regime sancionador²⁷⁵ voltado essencialmente para induzir a execução do primeiro acórdão proferido pelo TJUE no âmbito da ação por incumprimento, reconhece-se que - apesar de tornar o combate ao incumprimento procedimentalmente mais 'pesado' - a instituição da ação por incumprimento de segundo grau constituiu fator importante de pressão sobre o Estado infrator.

Entretanto, vale ponderar que:

171 do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 228 CE) e 97/C63/02 de 28 de Fevereiro de 1997, sobre o método de cálculo da sanção pecuniária compulsória prevista no novo artigo 228 do Tratado. Ambas comunicações foram expressamente substituídas e superadas pela Comunicação SEC(2005) 1658, disponível em http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_260_en.htm. Acesso em: 04.11.2010. A respeito da mensuração da sanção pecuniária: "Con carácter general debemos admitir [...] que resulta inherente a la noción misma de sanción que ésta debe ser proporcionada teniendo en cuenta, ante todo, la gravedad de la infracción y la necesidad de que la pena sea suficientemente disuasiva para asegurar el respeto de la legalidad. [...] como ha dicho el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, que debe a la vez producir un efecto disuasivo, ser efectiva y proporcionada". DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 876.

²⁷³ A primeira ação por incumprimento de segundo grau deu-se no Processo TJUE nº 387/97, de 04 de julho de 2000, Comissão das Comunidades Europeias v. República Helénica. Em sentido próximo: COSTA, Blanca Vilà. **Régimen Jurídico de las Sanciones por Infracción a las normas comunitarias**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 18, Nº 3, 1991, p. 805-844.

²⁷⁴ MARÍA, Paz Andrés Sáenz de Santa. **Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)**. In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, N. 8, Julio-Diciembre, 2000, p. 493-518.

²⁷⁵ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 840. DIEZ recorda também que o regime instituído é essencialmente reparador não assumindo natureza reparadora, frisando então que as sanções pecuniárias eventualmente aplicadas ao fim de uma ação por incumprimento de segundo grau não constitui via para se exigir a responsabilidade do Estado-membro. Como bem aponta, a ação de indenização fundada na responsabilidade do Estado-membro por violação do direito comunitário desenvolver-se-á normalmente perante a jurisdição nacional do Estado infrator, tendo no pólo ativo os particulares lesionados, e, por certo, no pólo passivo o Estado-membro. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 855 e 856.

"[...] no limite, supondo uma situação de incumprimento prolongado no tempo - sejam quais forem as suas causas e independentemente das consequências que, ao nível político, no seio da Comunidade, possa trazer para o Estado infractor - o facto de pela segunda vez - e portanto indirectamente - ser declarado verificado o incumprimento de uma disposição de direito comunitário, não confere à acção, na prática, uma maior eficácia de modo a obviar, efectivamente, a situação de incumprimento grave.

[...]

[...], em bom rigor, apenas deslocava (ação por incumprimento de segundo grau) o problema do cumprimento e da execução do acórdão do Tribunal para um momento posterior".²⁷⁶

Como se observa do Tratado, condicionou-se contudo a aplicação dessas *astreintes* à submissão da inexecução do acórdão a uma nova ação por incumprimento, ao final da qual haveria a efetiva imposição das sanções previstas no Tratado a requerimento e a critério da Comissão²⁷⁷.

Apenas recentemente com o Tratado de Lisboa, oportunidade em que foi dada uma reformulação na ação por incumprimento, é que se alterou significativamente a exigência processual então vigente de condicionar a aplicação das sanções pecuniárias a uma nova ação por incumprimento.

Com o Tratado de Lisboa, o Tratado da Comunidade Europeia passa a ser designado como Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), de modo que a disciplina geral da ação por incumprimento é inteiramente renumerada a ponto de o regime da ação de segundo grau, anteriormente

²⁷⁶ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 77 e 124-125. Também neste sentido: BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 198.

²⁷⁷ Defendendo a ausência de discricionariedade da Comissão em propor a ação por incumprimento de segundo grau, sob pena de se criar situações discriminatórias: DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 895.

presente no artigo 228º, item 2, passar a ser regulada pelo artigo 260º, item 2 e 3 do TFUE:

Artigo 260.o (ex-artigo 228.o TCE)

[...]

2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar verificado que o Estado-Membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.o

3. Quando propuser uma acção no Tribunal ao abrigo do artigo 258.o, por considerar que o Estado-Membro em causa não cumpriu a obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma directiva adoptada de acordo com um processo legislativo, a Comissão pode, se o considerar adequado, indicar o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar por esse Estado, que considere adaptado às circunstâncias.

Se o Tribunal declarar o incumprimento, pode condenar o Estado-Membro em causa ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, no limite do montante indicado pela Comissão. A obrigação de pagamento produz efeitos na data estabelecida pelo Tribunal no seu acórdão.

Sendo assim, com o Tratado de Lisboa, os Estados-membros optaram por acrescentar aos poderes da Comissão da União Europeia assim como do Tribunal de Justiça a possibilidade de – em determinado tipo de incumprimento – já indicar na primeira ação por incumprimento quais seriam as sanções pecuniárias que entende adequadas e o montante delas, dispensando-se portanto a necessidade de propositura da ação por incumprimento de segundo grau para viabilizar a aplicação das sanções pecuniárias aos Estados-membros infratores.

Em todas as modalidades de incumprimento permanece a exigência de se percorrer o procedimento de uma nova ação por incumprimento decorrente da não execução do acórdão do TJUE, sendo que, apenas para as hipóteses de ausência de comunicação das medidas de transposição das diretivas comunitárias admite-se a indicação e aplicação de sanções já na primeira demanda²⁷⁸.

No contexto da modalidade de incumprimento consubstanciada pela falta de comunicação a respeito das medidas de transposição trouxe o Tratado de Lisboa tratamento específico, perdendo a oportunidade de se estender o mesmo regime sancionatório com a supressão da ação por incumprimento de segundo grau para todas as espécies de incumprimento, o que, possivelmente, incrementaria o nível de eficácia da ação por incumprimento, elevando por consequência a efetividade do direito comunitário²⁷⁹.

Observa-se então que solução implementada pelos Estados-membros no processo de revisão da integração europeia para incrementar a eficácia da ação por incumprimento passou pela instituição de mecanismos sancionatórios pecuniários instrumentalizados por intermédio de uma segunda ação por incumprimento, de segundo grau, ou na primeira ação por incumprimento

²⁷⁸ BORZEL traz explicação objetiva para a modificação no tratamento das sanções pecuniárias especificamente no âmbito da transposição das diretivas: "*The detection rate is rather high for the failure to transpose Directives into national law. Non-transposition accounts for more than two-thirds of all infringement cases opened*". BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 810.

²⁷⁹ Neste sentido: LIPARI, Nicolo. **Il problema dell'effettività del diritto comunitario**. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. 63, N° 3, 2009, p. 887-904.

apenas nas hipóteses de ausência de comunicação da transposição das diretivas comunitárias.

Diante deste cenário, a questão que se coloca diz respeito ao nível geral de incumprimento dos Estados-membros e à efetividade da ação por incumprimento para dar cabo de maneira concreta a todos os incumprimentos existentes a fim de viabilizar a mais plena eficácia e aplicabilidade da ordem jurídica comunitária.

Antes de tudo, é preciso que fique muito claro que "*o problema do incumprimento por parte dos Estados membros reveste, indiscutivelmente, um carácter político*"²⁸⁰.

E talvez seja essa a raiz da parcela da ineficácia da ação por incumprimento, cuja origem pode ser identificada na própria formulação do procedimento da ação por incumprimento (excessivamente rigoroso, formal e dependente da atuação dos Estados-membros²⁸¹), como também na aceitação pelos Estados-membros da autoridade e legitimidade da ordem jurídica comunitária e de suas instituições, no caso a Comissão e o Tribunal de Justiça, diante da ordem constitucional daqueles países europeus.

Atestando explicitamente a ineficácia da ação por incumprimento para atingir seus objetivos de manutenção e restauração da legalidade comunitária, BERGERÉS afirma:

"[...], e esta é uma constatação muito mais grave para a condenação dos incumprimentos estatais, a acção por

²⁸⁰ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 130.

²⁸¹ "[...] é a Comunidade que determina a medida a aplicar, mas é o Estado membro destinatário que a executa (ou não) - aquela decide condenar o Estado no pagamento de uma quantia determinada, este pagá-la-á efectivamente ou não". MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 127. Ainda nesta linha em que questiona a eficácia da ação por incumprimento como um todo e especificamente a de segundo grau: "[...] qual o procedimento a adoptar na falta de execução do segundo acórdão do Tribunal e, portanto, de desrespeito ou inobservância das sanções aplicadas, já que o texto do artigo 192º se manteve inalterado não podendo assim o acórdão do Tribunal constituir, por si, título executivo". MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do**

incumprimento é singularmente menos eficaz que o pedido de decisão a título prejudicial. Para se obter a condenação do Estado, não é necessário uma denúncia que, aliás, corre o risco de ser arquivada; é ao juiz nacional que compete afastar a regulamentação nacional cuja não conformidade foi verificada por intermédio de um pedido de decisão à título prejudicial. Assim, o recurso apresentado pelo particular ao juiz nacional combina-se com a acção intentada pela Comissão perante o juiz comunitário para instaurar um controlo reforçado do respeito pelo Estado-membro das disposições directamente aplicáveis"²⁸².

Tal constatação revela grave paradoxo no âmbito do contencioso comunitário e, sobretudo, na própria efetividade do direito comunitário na medida em que o Tribunal acaba por exercer um controle jurisdicional de comunitariedade mais amplo e profundo no contexto do reenvio prejudicial, que é procedimento de natureza incidental com finalidade distinta da de controlar a comunitariedade de normas internas²⁸³, do que na própria ação por incumprimento que consiste em mecanismo processual cujo objeto principal é a aferição da compatibilidade entre um comportamento estatal, materializado ou não em norma jurídica interna, com o direito comunitário²⁸⁴.

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento, Coimbra, Almedina, 1997, p. 129.

²⁸² BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 199.

²⁸³ Vale esclarecer que o TJUE não tem competência para realizar juízo de valor sobre a validade ou não das normas nacionais. Neste sentido: "El TJCE no es competente para pronunciarse sobre la interpretación y aplicación de los ordenamientos nacionales —ni aun de aquellos que desarrollan Derecho comunitario—, ya que esa labor corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros. [...]"

[...] en la práctica resulta muy difícil separar las cuestiones hermenéuticas referentes al ordenamiento comunitario y a los ordenamientos internos. Así el propio Tribunal en algunas sentencias, sin abordar claramente la normativa nacional, sí realiza una adecuación entre ésta y el Derecho comunitario; adecuación, por otra parte, necesaria para dotar a la interpretación de verdadera efectividad y no reducirla a una mera declaración desvinculada de la realidad del caso enjuiciado". BRAVO, Álvaro Sánchez. **La interpretación en el Derecho comunitario europeo: Relevancia de los principios generales del Derecho**. In: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N° 3, 1993, p. 275-276.

²⁸⁴ MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 99.

O simples fato de um mecanismo processual não manifestar condições jurídicas de, por si só, realizar o propósito para o qual foi especificamente criado descortina um desacerto em suas estruturas básicas.

Tal constatação é preocupante na medida em que a manutenção hígida e eficaz do edifício jurídico construído pela integração europeia depende necessariamente, como em toda ordem jurídica, de um elevado percentual de respeito da legalidade bem como efetividade dos meios concebidos para preservar aquele estado e reconduzir as situações de ilegalidade ao estado desejado.

Em contraposição a essa necessidade, nota-se uma elevação da potencialidade de violações ao direito comunitário, decorrentes do aumento expressivo do número de normas jurídicas que podem ser potencialmente violadas²⁸⁵, como também do número de sujeitos ativos praticantes da violação:

"They [number of non-compliance] have to be measured against the numbers of legal act that can be potentially infringed as well as the number of member states that can potentially infringe them. The number of legal acts in force has more than doubled since 1983 (from 4566 to 9767) and five more member states have joined since then. If we calculate the number of infringement proceedings opened as a percentage of 'violative opportunities' (numer of legal acts in force times member states) for each year, the level of non-compliance has not increased"²⁸⁶.

²⁸⁵ Conforme o Vigésimo Sétimo Relatório Anual Sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário: "Em finais de 2009, o direito da UE compreendia, para além das regras do Tratado, cerca de 6140 regulamentos e quase 1820 directivas em vigor nos 27 Estados-Membros". Disponível em http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_annual_report_27_en.htm. Acesso em: 04.11.2010.

²⁸⁶ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: *Journal of European Public Policy*, n. 8, 2001, p. 819.

Ademais de contestar expressamente a eficácia da ação por incumprimento e sobretudo de seu regime sancionador, DIEZ exemplifica o quantitativo dos acórdãos do TJUE pendentes de execução no ano de 1992:

"La eficacia del sistema era en todo caso discutible. Así lo confirma el elevado número de sentencias pendientes de ejecución. A 31 de diciembre de 1992 se contabilizaban 100, si bien 28 habían sido dictadas durante el año 1992 por lo que cabe entender que estaban en vías de cumplimiento"²⁸⁷.

Uma representação quantitativa mais atual da eficácia do instrumento processual da ação por incumprimento, bem como do nível de respeito da legislação comunitária por parte dos Estados-membros, pode ser encontrada nos "*Relatórios Anuais Sobre o Controle da Aplicação do Direito Comunitário*".

Tais relatórios são anual e sistematicamente produzidos pela Comissão da União Europeia para apresentação ao Parlamento Europeu, de modo que sua vigésima sétima versão, referente ao ano de 2009, encontra-se disponível para análise²⁸⁸.

Nos termos do 27º Relatório:

"Em finais de 2009, cerca de 77% das queixas foram arquivadas antes da primeira iniciativa formal no âmbito de um processo por infração; cerca de 12% do total das queixas são arquivadas antes da fase de parecer fundamentado e aproximadamente 7% antes de uma decisão do TJUE"²⁸⁹.

²⁸⁷ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 854.

²⁸⁸ http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_annual_report_27_en.htm

²⁸⁹ Vigésimo Sétimo Relatório Anual Sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário, p. 3. Disponível em

Tal constatação da Comissão da União Europeia por um lado revela que sob a perspectiva do número anual total de incumprimentos que mereceram atuação da Comissão, a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento mostrou-se bastante eficaz na recomposição da legalidade comunitária, tendo em vista que o faz em 89% [77% + 12%] dos casos de incumprimento, o que representa a maioria absoluta da atuação da Comissão no controle do respeito do direito comunitário.

Apesar do bom desempenho da fase pré-contenciosa da ação por incumprimento para tratar as violações do direito comunitário, a aproximação dos dados em termos relativos impede que nos deparemos com a verdadeira dimensão e representatividade do incumprimento, e, por consequência, da ação por incumprimento no contencioso comunitário.

O Anexo I do “Vigésimo Sétimo Relatório Vigésimo Sétimo Relatório Anual Sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário”, em sua página 4, aponta que no ano de 2009 a Comissão atuou em 1659 novos casos de incumprimento pelos Estados-membros, sem contar o estoque de ações por incumprimento pendentes dos anos anteriores.

Ou seja, aplicando-se apenas como referência os citados percentuais constantes no 27º Relatório Anual da Comissão sobre o número de casos novos de incumprimento detectados pela Comissão em 2009 (**1659**), torna-se possível encontrar os seguintes números absolutos daqueles casos de incumprimento em que haverá efetiva atuação da Comissão da União Europeia:

- a) **1277,43** casos de incumprimento (77%) serão solucionados antes da apresentação da primeira iniciativa formal adotada pela Comissão;
- b) **199,08** casos de incumprimento (12%) serão solucionados antes da apresentação do parecer fundamentado pela Comissão (como visto, primeiro ato formal da ação por incumprimento);

- c) **116,13** casos de incumprimento (7%) serão solucionados antes da prolação do acórdão pelo Tribunal de Justiça;
- d) **66,36** casos de incumprimento (4%) poderão ou não ser solucionados após a prolação do acórdão pelo Tribunal de Justiça.

Pode-se assumir então que, matendo-se o mesmo número absoluto de novos casos de incumprimento, a solução de consideráveis **66,36** desses casos só ocorrerá ou não após o acórdão do TJUE.

Analizando por sua vez o “*Relatório anual das estatísticas judiciais do Tribunal de Justiça*”²⁹⁰, nota-se que entraram no Tribunal 142 ações por incumprimento no ano de 2009 (140 ações por incumprimento de primeiro grau e 2 ações por incumprimento de segundo grau), ficando atrás apenas do reenvio prejudicial, com 302 processos no ano de 2009.

Dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça no contexto das ações por incumprimento, 134 tiveram por resultado a procedência dos pedidos formulados na ação por incumprimento e 9 a improcedência de seus pedidos; demonstrando não só a consistência das demandas ajuizadas pela Comissão, como também a resistência dos Estados-membros em restaurarem a legalidade comunitária.

Completando o cenário do incumprimento na União Européia, acresce-se aos números já apresentados as informações constantes no Anexo V do “Vigésimo Sétimo Relatório Vigésimo Sétimo Relatório Anual Sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário”, que traz o rol de acórdãos do TJUE proferidos no âmbito da ação por incumprimento cuja execução ainda não foi implementada pelos Estados-membros, mantendo-se portanto a situação de violação do direito comunitário:

²⁹⁰ Disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/. Acesso em: 04.11.2010.

Estado-membro	Quantidade de acórdão proferidos em ação por incumprimento pendentes de cumprimento
<i>Bélgica</i>	<i>17</i>
<i>Dinamarca</i>	<i>2</i>
<i>Alemanha</i>	<i>9</i>
<i>Grécia</i>	<i>30</i>
<i>Espanha</i>	<i>28</i>
<i>França</i>	<i>9</i>
<i>Irlanda</i>	<i>17</i>
<i>Itália</i>	<i>24</i>
<i>Luxemburgo</i>	<i>9</i>
<i>Malta</i>	<i>2</i>
<i>Países Baixos</i>	<i>4</i>
<i>Polónia</i>	<i>4</i>
<i>Áustria</i>	<i>9</i>
<i>Portugal</i>	<i>11</i>
<i>República Tcheca</i>	<i>1</i>
<i>Finlândia</i>	<i>5</i>
<i>Suécia</i>	<i>6</i>
<i>Reino Unido</i>	<i>8</i>
Total	195

Até 31.12.2009 totalizavam **195 acórdãos** proferidos pelo Tribunal de Justiça cujos comandos não foram executados, permanecendo a violação ao direito comunitário até aquela data de referência o que, decerto, compromete a efetividade e, sobretudo, a uniformidade da ordem jurídica comunitária.

Apesar dos números até então apresentados, não se pode precisar e afirmar categoricamente que a União Europeia sofre de sério, sistêmico e patológico déficit de incumprimento.

BORZEL esclarece longamente que os números oficiais referentes ao quantitativo das ações por incumprimento não podem ser utilizados como referência segura para mensurar o nível absoluto de incumprimento presente na União Europeia.

A uma porque a Comissão tem poder discricionário para a propositura da ação por incumprimento. A duas porque inúmeros casos de incumprimento são solucionados diplomaticamente entre Comissão e Estado-membro, sem que se manifeste a necessidade de ajuizar a ação por incumprimento, inviabilizando a contabilização. E, a três porque a própria jurisprudência do TJUE no âmbito do reenvio prejudicial já indica que vários casos de incumprimento que não foram alcançados pela ação por incumprimento²⁹¹.

Seja como for, a atual estruturação do procedimento da ação por incumprimento é caracterizada por dois fatores críticos: (i) a excessiva dependência com relação aos Estados-membros para darem efetividade ao conteúdo do acórdão e (ii) ausência de poderes do Tribunal ou técnicas processuais adequadas para assegurar o cumprimento dos provimentos jurisdicionais prolatadas no âmbito das ações por incumprimento.

O fato é que uma nova reformulação do procedimento da ação por incumprimento no sentido de conferir maiores poderes ao Tribunal ou dotá-lo de técnicas processuais para assegurar a eficácia de seus acórdãos parece impensável no atual contexto da União Europeia, que vem de longo e desgastante processo de revisão dos Tratados cujo marco traumático mais notável se deu com o Tratado Constitucional, o qual não chegou a entrar em vigor.

O que se deveria buscar então como alternativa seria a construção e utilização de técnica processual no âmbito da ação por incumprimento que não exija a alteração dos Tratados, e que tenha a virtude de compatibilizar este mecanismo processual com a lógica ou método jurídico que rege a relação entre as ordens comunitária e nacional, de modo a se conferir maior legitimidade e aceitabilidade às decisões proferidas no âmbito da ação por incumprimento²⁹².

²⁹¹ BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: *Journal of European Public Policy*, n. 8, 2001, p. 809; 819 e 822.

²⁹² Solução interessante seria a possibilidade de o acórdão do TJUE ser executado perante e pela a jurisdição nacional do Estado-membro contra quem fora formado o título judicial comunitário, mas tal previsão também demandaria revisão dos tratados e enfrenta resistência na doutrina por entender que a

Alerta-se ainda que é preciso considerar por um lado a impossibilidade de o Tribunal de Justiça determinar o cumprimento de seu acórdão, e por outro lado a exigência expressa constante no Tratado (TFUE) de que cabe exclusivamente aos Estados-membros a adoção das medidas adequadas à eliminação do incumprimento constatado pelo Tribunal.

Daí então que se observa que a compreensão da lógica jurídica que preside a relação entre as ordens comunitária e nacionais poderá oferecer elementos relevantes para a reformulação dos institutos processuais concebidos pelo direito comunitário com o fim específico de preservá-lo.

União Européia não evoluiu ao ponto de assumir contornos de verdadeira Federação. Naesta mesma linha: "As Comunidades não evoluíram ainda no sentido de serem uma verdadeira federação, pelo que a possibilidade de execução do acórdão do Tribunal de justiça das Comunidades Europeias nos Tribunais nacionais se afigura ainda prematuro [...]". MESQUITA, Maria José Rangel. **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997, p. 118.

5. INTERAÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS E A TÉCNICA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Considerando que é da essência da ação por incumprimento viabilizar o exercício de juízo de valor a respeito da compatibilidade entre a ordem jurídica nacional e a comunitária, observa-se que a compreensão da lógica jurídica que disciplina a relação entre essas ordens revela-se de fundamental importância para se analisar com mais clareza a eficácia da ação por incumprimento e de seu regime sancionador.

Decerto, a estruturação da ação por incumprimento deve então estar compatível com aquela lógica jurídica sob pena de o instrumento manifestar-se inadequado para a tutela jurídica para a que fora concebido.

É necessário que os institutos processuais recebam tratamentos jurídicos compatíveis com os fundamentos básicos da estrutura jurídica a que pertencem. A não observância dessa necessidade pode levar a sérias distorções operacionais na implementação dos mecanismos processuais, os quais, como é o caso da ação por incumprimento, pode vir a não realizar por inteiro sua missão instrumental de assegurar o respeito à legalidade comunitária por parte dos Estados-membros.

Por essa razão, a percepção decorrente das análises a serem desenvolvidas permitirá visualizar a técnica processual do diálogo cooperativo²⁹³ entre instâncias jurisdicionais como solução processual compatível com a lógica estrutural da União Européia, e adequada para incrementar a eficácia da ação por incumprimento, e, por conseqüência, potencializar a efetividade da ordem jurídica comunitária.

5.1. Natureza jurídica da União Européia

Apesar das inúmeras categorias jurídicas identificadas para representar a natureza jurídica da União Européia²⁹⁴, o que se pode extrair de concreto é que a estrutura supranacional criada pela integração europeia nem pode ser definida como uma Federação, nem pode ser entendida como uma organização internacional clássica nos termos do direito internacional público.

Como bem define PITTA E CUNHA:

"O que há de profundamente original na Comunidade Europeia (e hoje, mais ainda, na realidade mais ampla que é a União Europeia) é o seu carácter híbrido, a presença simultânea de elementos atinentes à visão

²⁹³ A expressão “diálogo” utilizada no presente trabalho quer apenas se referir à possibilidade de efetiva comunicação entre instituições na construção das decisões comunitárias. Em nada portanto se aproxima da teoria da argumentação que também se vale da presente expressão.

²⁹⁴ "A la vista de su origen, cifrado en la transferencia de competencias soberanas desde entidades estatales que hasta entonces las detentaban en su plenitud, no ha sido inusual afirmar que las Comunidades Europeas mostraban rasgos propios de un estructura federal. [...] la Comunidad Europea [...] no se aciertan a ver algunos de los caracteres propios del Estado federal, aun en la acepción más convencional del término. Como señala Bleckmann: a) carecen de competencia universal en política exterior y defensa; b) tampoco ostentan la kompetenz-kompetenz, es decir, la facultad estatal de determinar las funciones y facultades de sus órganos; c) en sus decisiones juega un papel capital (y creciente) el Consejo de Ministros, órgano compuesto de representantes de los Estados y que en principio, por tanto, no encarna el interés general; d) no tienen propiamente Administración gestora, a salvo de las peculiaridades existentes en las políticas de competencia, regional y de inversiones; e) de igual manera, les es ajeno el poder tributario originario; f) no cuentan con la posibilidad de imponer su voluntad, de forma coactiva, a los Estados miembros (Bundeszwang), de lo que deriva que, g) quepa la posibilidad de la secesión. Junto a todo ello, sin embargo, es lo cierto que la Comunidad Europea, a la altura de nuestros días, tiene bien asentada la primacía de su ordenamiento y la idea de que los Estados miembros han procedido a una renuncia parcial de soberanía. [...] los intentos de calificación de la Comunidad Europea se orientan ora a su resignada definición como una organización internacional sui generis, ora a su consideración como organización supranacional, ora a su descripción como una 'asociación finalista para la integración funcional', ora a varios de esos conceptos al tiempo. [...] La otra respuesta sobre la naturaleza actual de la comunidad parte de su carencia de kompetenzkompetenz y la necesidad de habilitación especial para sus actuaciones, lo que conduce a su definición como 'asociación con fines especiales' (Zweckverband) y, más en concreto, como una 'asociación finalista para la integración funcional' (Zweckverband funktioneller Integration), [...]". ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 120 e 121-122. Ainda, buscando oferecer outra visão a respeito da estrutura supranacional criada pelos Estados europeus, DAGTOGLOU apresenta classificação interessante ao considerar a União europeia como uma 'superestrutura paraestatal' (*parastaatliche Superstruktur*). DAGTOGLOU, Prodomos D. **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 41.

supranacional e à de cooperação intergovernamental. Estes elementos são oscilantes, porque o processo de integração é evolutivo e dinâmico"²⁹⁵.

Partindo da mesma premissa, o hibridismo da União Europeia²⁹⁶, BORCHARDT assevera:

"Em consequência, a UE não é nem uma organização internacional clássica nem uma associação de Estados, mas uma entidade que se situa a meio caminho entre estas formas tradicionais de associação entre Estados. Em termos jurídicos, consagrou-se o conceito de 'organização supranacional'"²⁹⁷.

É de se reconhecer contudo que no início da integração europeia prevalecia de forma muito viva a idéia de se construir um modelo essencialmente federal àquela integração²⁹⁸, o que, de fato, não se concretizou ao longo do tempo, demonstrando claramente que não existe no âmbito dos Estados-membros da União Europeia "*vontade política de proceder a uma 'federalização' da Europa*".²⁹⁹

E, definitivamente, não parece que a União Europeia evoluirá para um legítimo modelo federal³⁰⁰, sobretudo porque as condições políticas e de consciência cultural do Estado nacional são absolutamente distintas daqueles que

²⁹⁵ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 201-202.

²⁹⁶ ALBORNOZ reconhece que a classificação da União Europeia como organização internacional sui generis expressa claramente a dificuldade de se enquadrar a União Europeia em alguma categoria jurídica. ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 122. Em sentido próximo: CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 182.

²⁹⁷ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 25.

²⁹⁸ DAGTOGLOU, Prodromos D. **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 35.

²⁹⁹ DAGTOGLOU, Prodromos D. **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 37.

justificaram a formação do modelo federal norte-americano e alemão, por exemplo.

Neste sentido, PITTA E CUNHA apresenta interessante análise:

"O modelo federal dos Estados Unidos da América é intransponível para a Europa.

Já Alexis Tocqueville comentava que na América os Estados confederados tinham durante muito tempo feito parte do mesmo império, não haviam contraído o hábito de se governar a si próprios, os preconceitos nacionais não tinham podido criar raízes profundas. A todos estes elementos bastaria acrescentar a homogeneidade cultural e linguística para se recortar, em negativo, o retrato sobre que assenta a actual dinâmica da integração europeia.

[...]

Ora, estando ausentes da experiência europeia os pressupostos do processo político americano, parece claro que, mesmo que venha a intensificar-se na Europa a dinâmica federal, ela não poderá conduzir à fórmula centralizadora da experiência dos EUA. Em particular, dificilmente os Estados europeus aceitarão despojar-se dos seus poderes até ao ponto em que o fizeram as unidades da federação americana"³⁰¹.

Dado o hibridismo da União Europeia, a integração europeia apresenta-se em constante movimento, balanceando - em convivência recíproca - a formação de suas estruturas fundamentais tanto com técnicas mais próximas do direito internacional público (método intergovernamental) como com elementos de raiz federal (modelo supranacional)³⁰².

³⁰⁰ "Reconhece-se que a soberania nacional continua a constituir um poderoso obstáculo ao progresso político no sentido do estabelecimento de uma federação europeia". CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 174

³⁰¹ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 199-200.

³⁰² Em sentido próximo: CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 220.

A respeito da distinção entre supranacionalidade e intergovernamentalidade, ALONSO oferece critério didático e valioso para auxiliar na compreensão daqueles conceitos:

"¿Qué cabe entender por 'elementos o rasgos supranacionales', y por 'elementos o rasgos intergubernamentales'? 'También, en esencia, la supranacionalidad es un concepto al que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía en favor de una organización (con la consiguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira, creo, en torno a cuatro cuestiones: 1) quién decide (le estructura política propia de la organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual y, por lo tanto, soberano, de los Estados miembros de la organización); 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (obligatorias para los Estados miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización). Como contraposición a la supranacionalidad, la intergubernamentalidad nos situaría en un terreno más próximo a las organizaciones internacionales de corte clásico, en el que la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las partes contratantes, auténticas protagonistas del 'pacto interestatal' en detrimento de los ciudadanos.

Lo dicho teniendo en cuenta que los rasgos supranacionales y los intergubernamentales pueden coexistir en el seno de una organización y quem de

hecho, coexisten en la Europa comunitaria, paradigma de integración supranacional"³⁰³.

Sendo assim, um critério simples para estabelecer a tendência/prevalência supranacional ou intergovernamental em determinada organização internacional seria o grau de participação dos Estados-membros na formação das decisões, no modo com que elas são construídas, no controle dessas decisões e sobre os efeitos por elas produzidos.

Quanto maior o controle dos Estados nacionais sobre cada um daqueles elementos, preponderante será o traço intergovernamental. Por sua vez, quanto menor o controle dos Estados nacionais sobre aqueles elementos mais evidentes serão as feições supranacionais.

Destarte, calha alertar que representaria um equívoco tentar-se limitar a análise da União Européia apenas à luz desses conceitos: intergovernamental e supranacional.

O fato é que a União Européia constitui organismo paraestatal com contornos de profunda complexidade que não poderiam ser reduzidos a uma análise pautada em apenas duas categorias jurídicas estanques.

Vale dizer que a integração européia não assumiu feições de um organismo internacional clássico e está longe de ostentar características típicas de um modelo federal.

³⁰³ GARCIA, Ricardo Alonso. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008, p. 19. Cite-se ainda outros autores que trabalham com a distinção entre intergovernamental e supranacional, conferindo este último predicado à União Européia: QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 185; AHLF, Loretta Ortiz. **Derecho Comunitario y Derecho Internacional**. In: Revista de derecho de la Unión Europea, Nº. 4, 2003, p. 13. Relacionando a supranacionalidade com alguns traços do federalismo: CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 23. Por sua vez, ALBORNOZ, demonstra as distinções entre uma organização supranacional e um Estado Federal, apontando a possibilidade de a União Européia constituir uma organização sui generis, ou melhor, uma associação com a exclusiva finalidade de promover a integração: ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 120 e 121-122.

Importa que fique claro para o presente estudo, sobretudo considerando a complexidade evolutiva da integração europeia, que a União Europeia é um organismo paraestatal único no contexto do direito da integração, não encontrando precedentes em qualquer outra experiência jurídica internacional.

Talvez por isso que, na falta de ou na dificuldade de se conceber uma categoria jurídica específica para designá-la – parece adequada a compreensão da União como organismo internacional *sui generis* voltado à promoção de objetivos específicos.

Justamente por se situar em espaço intermediário ou zona de contato entre dois conjuntos distintos e extremos, a União Europeia vive em constante tensão dialética entre a integração e a individualidade/soberania de cada um dos Estados-membros³⁰⁴.

Depreende-se então desta natureza híbrida/*sui generis* da União Europeia bem como da tensão dialética a que está submetida (integração x soberania), que a ordem jurídica edificada em razão da integração passa a assumir características que espelham diretamente esses elementos peculiares.

Dentre essas características peculiares, encontra-se o regime de delimitação de competências da União Europeia, o qual fixa o espaço de atuação normativa daquele ente, e, por consequência, passa a representar uma das principais medidas de amortecimento da tensão dialética existente entre integração e soberania.

³⁰⁴ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 88 e 89; e BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 217. De forma ainda mais precisa: AALBERTS, Tanja E. **Sovereignty Reloaded? A Constructivist Perspective on European Research**. In: The Constitutionalism Web-Papers: School of Law, University of Manchester, n. 2, 2005, p. 1.

5.2. Delimitação de competências da União Européia

A formação da União Européia e, por consequência, do direito comunitário teve por fundamento jurídico originário a transferência de parcelas de competências dos Estados-membros à organização paraestatal que viria a ser constituída.

Tendo em conta matérias específicas que poderiam até então ser reguladas individualmente por cada um dos Estados-membros; acordaram alguns países europeus em reduzir voluntaria e conjuntamente o espectro de manifestação de poder de suas soberanias relativamente àquelas matérias, as quais, a partir de então, seriam transferidas para disciplina e normatização pelo organismo supranacional constituído.

Importante asseverar que a evolução e o fortalecimento da integração européia ao longo dos anos sempre dependerão, necessariamente, do alargamento das competências atribuídas à União Européia.

Desde a criação da primeira Comunidade no âmbito da integração européia (CECA), observou-se uma clara ampliação dos espaços de atuação do organismo internacional paraestatal, que, com o recrudescimento da integração passou a atuar em novos campos e matérias que originariamente permaneceram sob o controle exclusivo dos Estados-membros³⁰⁵.

É sobre essas competências transferidas pelos Estados-membros à União Européia que o direito comunitário exerce sua normatividade, carecendo portanto de competência para editar normas jurídicas sobre matérias não expressamente atribuídas pelos Estados-membros à União.

Daí revelar-se de extrema importância para a integração o princípio da atribuição de competências. O Tratado da União Européia é bem enfático ao explicitá-lo, revelando que a opção dos Estados-membros por essa via tem por finalidade a manutenção de uma visão de conjunto da renúncia aos seus

³⁰⁵ ROVIRA, Albertí Enoch. **La Delimitación de Competencias entre la Unión e los Estados Miembros**. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 119, Enero-Marzo, 2003, p. 81-110.

próprios poderes e, sobretudo, a possibilidade de controlar o exercício daquelas competências específicas pela União³⁰⁶.

TRATADO DA UNIÃO EUROPÉIA

Artigo 1.º

Pelo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES instituem entre si uma UNIÃO EUROPEIA, adiante designada por "União", à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objectivos comuns.

Artigo 3.º

6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.

Artigo 4.º

1. Nos termos do artigo 5.º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

Artigo 5.º

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

³⁰⁶ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 27.

Delimitando expressamente os espaços de atuação da União Europeia, teriam os Estados-membros a previsibilidade e o controle a respeito das áreas em que o exercício de sua própria soberania estaria limitada, limitação esta compartilhada entre todos os Estados-membros.

A atuação *ultra vires* da União Europeia eivaria de nulidade os atos e normas jurídicas decorrentes do exercício de competências não atribuídas expressamente. Isso porque, conforme previsão expressa no Tratado da União Europeia, as competências não atribuídas pertencem aos Estados-membros, sendo portanto vedado o ingresso da União nos espaços de competência que permanecem sob o poder de cada um dos Estados³⁰⁷.

É então o princípio da atribuição a norma jurídica que estabelece os limites do exercício dos poderes transferidos dos Estados-membros para a União Europeia.

Neste sentido, PITTA E CUNHA esclarece que “*diferentemente dos Estados, que podem dispor sobre a sua própria competência ('Kompetenz Kompetenz'), a Comunidade europeia vê as suas competências limitadas às áreas definidas no Tratado*”³⁰⁸.

DAGTAGLOU, ainda, apresenta perspectiva ainda mais técnica a respeito da ausência de competência geral da União Europeia decorrente do princípio da atribuição:

“[...] a Comunidade, uma vez que não dispõe da Kompetenz-Kompetenz, isto é, uma vez que não é dotada de uma competência universal, não é um Estado, só dispondo, pelo contrário, de competências especiais, que (tal como os objectivos da Comunidade) são definidas nos

³⁰⁷ A regra da atribuição expressa e específica de competências é de tamanha importância para os Estados-membros que foi objeto da Declaração nº 18 anexa à ata final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa: “A Conferência salienta que, em conformidade com o sistema de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, previsto no Tratado da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pertencem aos Estados-Membros as competências não atribuídas à União pelos Tratados”.

Tratados, é uma organização com finalidades especiais (sobretudo económicas) e de competências limitadas. A natureza da Comunidade assim entendida pressupõe e comporta, por conseguinte, a inexistência de instituições comunitárias de competência normativa geral ou, numa formulação positiva, a regra geral da especificidade das competências ou da habilitação específica (Prinzip der begrenzten Ermächtigungen, artigo 4º, nº 1 parágrafo 2º CEE)³⁰⁹.

Sendo assim, são três as espécies de competência transferidas pelos Estados-membros à União Europeia: **competências exclusivas, competências partilhadas/concorrentes e competências complementares**³¹⁰.

O curioso é que ao longo de cinquenta anos de integração europeia até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as antigas Comunidades Europeias e a União Europeia sempre exerceram suas competências com base no princípio da atribuição, mesmo inexistindo nos Tratados uma repartição expressa de competências entre a CE/UE e os Estados-membros³¹¹.

Como afirmado, com o Tratado de Lisboa a repartição de competências entre os Estados-membros e a União foi expressamente promovida no corpo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, merecendo Título próprio para tratar da questão (Título I, Parte I Dos Princípios - TFUE).

³⁰⁸ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 103.

³⁰⁹ DAGTOGLOU, Prodromos D. **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 39.

³¹⁰ Não se abordará no presente trabalho as competências complementares, já que estas apenas atribuem à União Europeia a competência de apoiar, coordenar ou complementar a ação dos Estados-membros em determinados domínios, sem importar em limitações a qualquer das partes, conforme artigo 6º do TFUE: Artigo 6.º A União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros. São os seguintes os domínios dessas acções, na sua finalidade europeia: a) Protecção e melhoria da saúde humana; b) Indústria; c) Cultura; d) Turismo; e) Educação, formação profissional, juventude e desporto; f) Protecção civil; g) Cooperação administrativa.

³¹¹ ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamentos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 241.

No que diz respeito à competência exclusiva, o artigo 2º, item 1 do TFUE oferece o conceito jurídico e as implicações desta espécie de competência que fora atribuída à União Europeia, ao passo que o artigo 3º do TFUE discrimina exhaustivamente as matérias de competência exclusiva da União:

TFUE

Artigo 2.º

1. Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União.

Artigo 3.º

1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:

- a) União aduaneira;
- b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;
- c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro;
- d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas;
- e) Política comercial comum.

2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.

Sendo assim, nas matérias consideradas de competência exclusiva da União opera-se uma renúncia integral dos Estados-membros em disciplinarem

aqueles espaços jurídicos. No tocante às matérias elencadas no artigo 3º do TFUE, entregaram os Estados-membros à União Europeia integralmente seu poder de soberania para discipliná-las³¹².

Ainda sobre as competências exclusivas, vale esclarecer que no sistema de repartição de competência da integração europeia apenas à União Europeia foram reservadas atribuições exclusivas, não cabendo aos Estados o exercício de quaisquer competências exclusivas no âmbito da integração³¹³.

Decerto, nas competências não atribuídas à União Europeia - seja pela forma exclusiva, seja pela forma partilhada – os Estados são ‘exclusivamente’ competentes para exercê-las, justamente porque não foram objeto de transferência, e, por essa razão não pertencem ao direito comunitário; permanecendo sob o império da ordem jurídica de cada Estado.

Sendo assim, as competências não atribuídas são de exercício exclusivo dos Estados, mas não sob uma perspectiva da integração, mas do exercício da soberania individual de cada Estado.

Apesar da delimitação precisa das atribuições entre a União Europeia e os Estados-membros, fora estabelecido pelos Tratados que a regra são as competências concorrentes/partilhadas, de modo que as competências exclusivas representam apenas exceção àquela regra.

Assim dispõe o TFUE a respeito do regime jurídico das competências partilhadas/concorrentes:

TFUE
Artigo 2.º
[...]

³¹² Neste ponto QUADROS demonstra a distinção entre delegação e transferência de soberania, sendo esta mais radical que a primeira (perda dos poderes soberanos). Demonstrando ainda que, no campo das competências exclusivas, é possível se falar em transferência de soberania. QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 195-196.

³¹³ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 213; e CRAIG, Paul. **Constitutions, Constitutionalism, and the European Union**. In: *European Law Journal*. V. 7, Issue 2, 2001, p. 143.

2. Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.

Artigo 4.º

1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3.º e 6.º.

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

- a) Mercado interno;
- b) Política social, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado;
- c) Coesão económica, social e territorial;
- d) Agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos biológicos do mar;
- e) Ambiente;
- f) Defesa dos consumidores;
- g) Transportes;
- h) Redes transeuropeias;
- i) Energia;
- j) Espaço de liberdade, segurança e justiça;
- k) Problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado.

3. Nos domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União dispõe de competência para desenvolver acções, nomeadamente para definir e executar programas, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.

4. Nos domínios da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, a União dispõe de competência para desenvolver acções e uma política comum, sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.

Nesta espécie de competência, adotou o Tratado técnica distinta de distribuição de competência³¹⁴, de modo que os Estados-membros não renunciassem por completo o exercício de seus poderes soberanos em determinadas matérias³¹⁵.

Naquele rol de matérias elencados no artigo 4º do TFUE, os Estados-membros exercem poder normativo de forma partilhada e conjunta com a União Europeia, sendo ambos titulares daquelas competências.

No entanto, o que precisa ficar claro para adequada compreensão da competência partilhada é que, embora os Estados-membros e a União Europeia sejam concomitantemente titulares daquelas competências, o fato é que não há exercício concomitante daquelas competências por seus titulares.

³¹⁴ ARNOLD, em inúmeras passagens esclarece que a técnica de distribuição de competência utilizada pela integração europeia assemelha-se com muito rigor ao sistema de distribuição de competências do modelo federal alemão. ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 103, 110, 111 e 112.

³¹⁵ "A marcar a subsistência de influência dos Estados no sistema comunitário, tem-se por vezes considerado preferível à noção de transferência a de atribuição de competências, deixando entrever que se trata de uma abdicação por parte dos Estados do que do exercício em comum dos poderes assumidos a nível comunitário. Esta qualificação relaciona-se com a visão segundo a qual, em vez de uma perda de direitos soberanos, estaríamos em presença de uma '**soberania partilhada**'. CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 43.

O exercício do poder normativo para disciplinar aquelas matérias pelos Estados-membros exclui a possibilidade de a União exercer o mesmo poder normativo, ocorrendo o mesmo na hipótese contrária.

Esse regime já havia sido anunciado na parte final do artigo 2º, item 2 do Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE), quando afirma que:

“Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua”.

Nota-se do dispositivo transcrito que há nítida relação de subsidiariedade no exercício das competências partilhadas na medida em que aos Estados-membros é assegurado o exercício de poder normativo naquele âmbito enquanto a União não exercer sua parcela de competência.

A maneira que foi redigido o artigo 2º do TFUE confere a impressão de que o exercício do poder normativo dos Estados-membros no âmbito das competências partilhadas fica integralmente dependente da atuação normativa da União naquele espaço de competência.

Em verdade, a leitura sistemática do artigo 2º, item 2 do TFUE esclarece que a existência do princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade no contexto das competências partilhadas impõe outra roupagem ao regime jurídico daquelas competências, conforme previsto no artigo 5º do Tratado da União Européia (TUE):

TUE

Artigo 5.º

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade³¹⁶.

³¹⁶ Protocolo nº 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Como se vê, em verdade, é o exercício das competências partilhadas pela União Europeia que se mostra dependente da regular e efetiva atuação dos Estados-membros naquele espaço de competência³¹⁷.

Dá-se portanto rigorosa preferência à intervenção dos Estados-membros nas matérias elencadas no artigo 4º do TFUE.

A esse respeito tem-se que:

"A subsidiariedade vem fundamentalmente disciplinar o exercício das atribuições concorrentes da União, isto é, daquelas das suas atribuições que tanto podem ser exercidas por ela como pelos Estados membros. E vem dizer que a União só pode exercer essas atribuições se demonstrar que os Estados não são capazes de o fazer melhor a fim de alcançar os objectivos dos Tratados. Em relação àquelas atribuições, este princípio confere, portanto, prioridade, ou preferência, à intervenção dos Estados"³¹⁸.

BORCHARDT, por sua vez, desmembra o princípio da subsidiariedade em duas facetas:

"Este princípio deve ser interpretado através das suas duas facetas, uma positiva e outra negativa. A positiva, isto é, a que estimula a existência de competências comunitárias, dispõe que a CE deve agir quando os objectivos pretendidos 'possam ser melhor alcançados ao nível comunitário'; a negativa, isto é, a faceta limitativa do princípio da subsidiariedade, significa que a CE não deve

³¹⁷ BERNARD, Nicolas. **The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity**. In: *Common Market Law Review*, V. 33, Issue 4, 1996, p. 633–666.

³¹⁸ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 103.

actuar quando a acção dos Estados-Membros é suficiente para alcançar os objectivos pretendidos"³¹⁹.

Destarte, ainda que respeitado pela União Europeia o princípio da subsidiariedade, a atuação do organismo paraestatal deve ainda levar em conta o princípio da proporcionalidade, devendo a União disciplinar estritamente o que necessário para se alcançar os objetivos previstos nos Tratados, sendo-lhe vedado exceder sob o argumento de que preenchida a subsidiariedade.

Logo, o princípio da proporcionalidade tem por função impor limites razoáveis à atuação da União no contexto das competências partilhadas³²⁰.

Em suma, na ótica de QUADROS:

"Ele [o Estado membro] guardará, ou reterá para si, tanto maiores parcelas de soberania quanto mais capaz se vier a revelar, em cada caso concreto, e em cada momento, de exercer, sozinho, as atribuições concorrentes e, por conseguinte, puder evitar, e dispensar, nas respectivas matérias, a intervenção da Comunidade.

[...]

Ao conferir prioridade aos Estados no exercício das atribuições concorrentes da Comunidade a ideia de subsidiariedade dá aos Estados membros oportunidade de manter e reforçar a sua especificidade e, concretamente, a especificidade do seu ordenamento jurídico e dos princípios e valores que o regem"³²¹.

³¹⁹ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 29.

³²⁰ BORCHARDT afirma que as disposições normativas da União não podem ser excessivamente pormenorizadas, sob pena de ferir o princípio da proporcionalidade. BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 29.

³²¹ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 103 e 104.

QUADROS, mais uma vez, tenta sistematizar os princípios relacionados ao sistema de repartição de competência na integração europeia, afirmando que a lógica dos Tratados:

“[...] enuncia o princípio da competência por atribuição, segundo o qual a Comunidade só pode actuar nos limites das atribuições que, explícita ou implicitamente, lhe são conferidas pelo Tratado e para prosseguir os objectivos que por ele lhe são fixados. [...] reforça essa restrição das atribuições da Comunidade através do princípio da subsidiariedade. Isto é, mesmo actuando dentro da competência por atribuição, a Comunidade deve respeitar o princípio da subsidiariedade. [...] a terceira restrição às atribuições da Comunidade, através do princípio da proporcionalidade. Ou seja, mesmo após estarem determinadas as atribuições da Comunidade através dos princípios da competência por atribuição e da subsidiariedade, ela só poderá exercer essas atribuições se isso lhe for permitido pelo princípio da proporcionalidade”³²².

Por fim, cabe a referência ao Protocolo nº 25, relativo ao exercício das competências partilhadas³²³, o qual estabelece que o exercício pela União de seu poder normativo no âmbito de uma das matérias elencadas no artigo 4º do TFUE, não importa em esgotamento das possibilidades de regulação da matéria. Ou seja, o exercício do poder normativo da União em matéria de transportes (artigo 4º, item 2, ‘g’ do TFUE), por exemplo, obstaculiza o exercício do poder normativo dos Estados-membros apenas e especificamente no contexto da regulação proposta pela União, não estando os Estados impedidos a partir daí a disciplinarem matérias de ‘transporte’ não relacionadas com a disciplina europeia.

³²² QUADROS, Fausto de. **Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia**. Lisboa: Almedina, 1995, p. 34.

³²³ Protocolo nº. 25 - Artigo único. Relativamente ao n.º 2 do artigo 2.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, referente às competências partilhadas, quando a União toma medidas num

Destarte, como se observa, o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade no contexto da integração europeia é de enorme importância³²⁴ haja vista que insere os Estados-membros na formação do direito comunitário por meio da integração da ordem jurídica interna à ordem comunitária.

Dá-se, em determinados âmbitos do direito comunitário, clara preferência aos Estados-membros na construção da ordem jurídica comunitária. Construção esta que assume contornos finalistas tendo em vista que o que se pretende é o atingimento dos objetivos enunciados nos Tratados e que justificam a própria existência da União Europeia.

Sendo assim, no âmbito das competências partilhadas, desde que eficientes os Estados-membros em atingir por meio de suas legislações internas os objetivos perseguidos pela integração, não há sentido para a intervenção da União. O que parece lógico já que a atuação da União Europeia deve ser sempre voltada a atingir os objetivos dos Tratados.

Assim, enquanto a regulação jurídica individualizada em cada Estado-membro for eficaz em promover uma unidade jurídica substancial, na qual seja possível estimular e viabilizar o desenvolvimento econômico criando condições de vida equivalentes no espaço da União; não se justifica, como dito, a intervenção da União Europeia.

Deve a União intervir nas matérias de competência compartilhada apenas e tão-somente quando os Estados-membros não forem capazes, por meio de suas ordens jurídicas, de atingir os objetivos dos Tratados.

É neste momento, em que se exige a atuação da União no âmbito das competências partilhadas, que a produção normativa da União Europeia

determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange os elementos regidos pelo acto da União em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade.

³²⁴ Como demonstração dessa relevância pode-se mencionar o Protocolo nº 1, relativo ao papel dos Parlamentos Nacionais na União Europeia, que a pretexto de controlar o respeito ao princípio da

interfere mais bruscamente na ordem jurídica dos Estados-membros; tendo em vista que afeta diretamente espaço de competência que até então integrava o poder normativo pleno dos Estados-membros.

Diante do que foi dito a respeito da delimitação da competência da União Europeia, não é difícil notar, no que diz respeito à competência para produção normativa na integração, a intensa dependência e interação existente entre o ente supranacional e os Estados-membros.

Observe-se, como já explicado anteriormente, que não só a existência da União Europeia tem origem em ato de império manifestado pelos Estados-membros no plano internacional.

Fica evidente também que o evento jurídico que concebeu e delimitou o raio de atuação normativa da União Europeia também tem origem em atos dos Estados-membros, justamente porque acordaram formal e conjuntamente em destacar parcelas de sua soberania de forma a atribuí-las àquele organismo supranacional, o qual as exercerá de forma exclusiva ou partilhada com os Estados-membros.

Ainda nesta linha, vê-se que os próprios Estados-membros quando exercem seu poder normativo no âmbito das competências partilhadas, em última análise, estão produzindo normas jurídicas materialmente comunitárias, mas formalmente internas.

Daí se percebe mais uma vez a intensa relação/interação existente entre a União Europeia e os Estados-membros, que se manifesta pela estruturação híbrida e dialética da integração europeia; pela peculiaridade da distribuição de sua competência na execução contínua do direito comunitário por parte das instituições comunitárias e dos Estados-membros, bem como, o que se verá no próximo tópico, **pela própria relação estabelecida entre o direito comunitário e as ordens jurídicas nacionais.**

subsidiariedade, institui verdadeiro diálogo institucional entre os poderes legislativos da União Europeia e dos Estados-membros.

5.3. Constitucionalismo multinível: a relação entre as ordens jurídicas comunitária e nacional

Como visto, há profunda relação entre as ordens jurídicas nacionais, tanto na delimitação dos espaços de competências e nas possibilidades de exercício daquelas competências atribuídas, como na própria formação originária do direito comunitário, encontrando estreita relação com a ordem jurídico-constitucional dos Estados-membros.

Pelo que se observa até aqui, depreende-se com clareza que "[...] *el Derecho Comunitario es un ordenamiento normativo autónomo que tiene una conexión 'genética', no actual, con los ordenamientos estatales de los países miembros*"³²⁵.

A origem do direito comunitário e os espaços em que se dará sua atuação têm origem genética na ordem jurídico-constitucional dos Estados-membros. São eles, em última análise, os verdadeiros criadores do direito comunitário seja diretamente pela via originária (Tratados constitutivos) seja indiretamente pela via derivada, já que esta última encontra seu fundamento de validade no direito comunitário originário.

Justamente por ter - o direito comunitário - conexão genética com o direito nacional, vale recordar que a construção do canal normativo pelo qual se operou a transferência das específicas competências dos Estados-membros para a União Européia; dependia e ainda depende das chamadas cláusulas de abertura ou cláusulas de integração inseridas nas constituições de cada Estado-membro.

Por certo, a limitação da soberania dos Estados-membros em favor de organismo internacional para quem a ordem constitucional daqueles países não atribuiu poderes, exigiu, inicialmente, uma adaptação do texto

³²⁵ ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 101.

constitucional que autorizasse a transferência de determinados poderes soberanos.

Caso contrário, sem a permissão expressa da constituição do Estado-membro mediante a cláusula de abertura constitucional (cláusula de integração), a participação na integração europeia e por consequência a submissão à ordem jurídico-comunitária seria considerada inconstitucional por violação dos princípios da soberania em todas as suas facetas: soberania estatal, soberania nacional e soberania do povo³²⁶.

Conforme esclarece QUADROS, os Estados-membros, para compatibilizarem sua ordem constitucional com a transferência de competências que seria realizada em favor da União Europeia, promoveram a inclusão da cláusula de integração em seus textos constitucionais de duas maneiras distintas³²⁷:

"[...] para lhe darem legitimação constitucional, sentiram-se na necessidade de acolher as limitações de soberania resultantes da sua adesão às Comunidades por uma de duas vias: - ou incluindo uma cláusula geral de limitação de soberania, que cobria também o primado supraconstitucional do Direito da União - o exemplo mais acabado é o da Grécia; - ou incluindo nas Constituições uma cláusula de autorização ao Parlamento para delegação de poderes soberanos pelos Estados nas Comunidades - e aqui o melhor exemplo, porque o mais

³²⁶ CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15.** In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 30.

³²⁷ CLAES sistematiza as providências constitucionais adotadas pelos Estados-membros: "Of the fourteen Constitutions under review, [Because of the absence of a written constitutional document, the UK is not included here] all contain transfer of powers provisions. Out of these, seven (Belgium, Italy, the Netherlands, Spain, Greece, Denmark and Greece) still base their membership of the Union on 'old fashioned' and general transfer of powers provisions, without specifying the EU. The other Member States have either adapted these provisions for the benefit of the EU, such as Portugal or Sweden, or have special Europe provisions in a separate chapter (Germany, France), and in the case of Austria they are complemented with a separate constitutional law. Finland has a unique approach, in that the Constitution itself organizes a 'hole', a vacuum in the constitution, which even allows for derogations from the Constitution". CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15.** In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 30.

bem elaborado, é o da Alemanha, agora no seu novo artigo 24, nº 1.

[...] através de uma ou de outra dessas duas formas, os respectivos Estados procediam à 'constitucionalização' das Comunidades e, depois, da União, nas suas Constituições nacionais, visando, antes de mais, conceder suporte constitucional à sua adesão à União e à sua participação nela"³²⁸.

DEMIZAKI, por sua vez, exemplificando o espírito em que foram concebidas as cláusulas de abertura à integração³²⁹:

"[...] se abre a la integración a través de las llamadas cláusulas de apertura que, de manera general, autorizan al Estado a conceder, en condiciones de reciprocidad, limitaciones a su soberanía para asegurar la paz y la justicia (preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 y artículo 11 de la Constitución de Italia); para transferir derechos de soberanía (Alemania, artículo 24); para transferir competencias legislativas, ejecutivas o judiciales (Holanda, artículo 92, y Luxemburgo, artículo 49 bis); para transferir poderes determinados (Bélgica, artículo 25 bis); para atribuir a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (España, artículo 93, y Grecia, artículo 28.2, que además incluye 'aceptar restricciones o limitaciones de la soberanía', artículo 28.3)"³³⁰.

³²⁸ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 406.

³²⁹ Ainda no que diz respeito à localização das cláusulas de abertura ou de integração presentes nas constituições de diversos países membros da União Européia: "Alemanha (artigo 24, nº 1 c/c artigo 23 c/c 25 c/c 31), Bélgica (artigo 34), Dinamarca (art. 20, nº 1), Espanha (artigo 93), França (artigo 88º-2), Grécia (art. 28º, nº 2 e 3), Irlanda (artigo 29.4 - subseção 5), Luxemburgo (artigo 49º), Países Baixos (artigo 92º c/c 91º, nº3 c/c 94º), Reino Unido (seção 2, n. 1 - European Communities Act), Suécia (capítulo 10, artigo 5º, par. 1), Portugal (artigo 8º)". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 410.

³³⁰ PEREDO, Pablo Dermizaky. **Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario**. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Número 20042, 2004, p. 837.

Sendo assim, estando os Estados constitucionalmente autorizados a transferir parcelas específicas de sua soberania a organismo supranacional; seria então o Tratado a ser negociado entre aqueles países que determinaria a dimensão da transferência a ser operada.

É portanto no corpo dos Tratados constitutivos da União Européia (direito comunitário originário) que os Estados delimitaram e precisaram no plano supranacional quais as competências seriam efetivamente atribuídas à União, quais os limites e condições para o seu exercício, e, por fim, quais seriam os direitos e obrigações da União, dos Estados-membros e dos indivíduos diante daquela nova ordem jurídica.

Note-se então, em razão da cláusula de integração inserida nas Constituições dos Estados-membros, a existência de forte vínculo jurídico entre a ordem constitucional dos Estados-membros e os Tratados instituidores da União Européia legitimando a transferência a esta de parcelas da soberania daqueles.

Destarte, restaria para completar a sustentação jurídica da União e de seu direito a definitiva incorporação à ordem jurídica interna e expressa aceitação pelos poderes constituídos dos Estados-membros do programa de integração desenhado no plano internacional.

Exige-se portanto que o Tratado construído (instituidor ou de revisão) seja submetido ao procedimento constitucionalmente previsto em cada Estado-membro para autorizar a ratificação de Tratados internacionais em geral. Dessa aprovação resulta a chamada 'lei de aprovação' que internaliza as disposições do Tratado (direito comunitário originário) na ordem constitucional de cada Estado-membro.

Na ótica de ARNOLD:

"[...] Por medio de esa ley se introduce este 'programa' en el ordenamiento interno, y por medio de ella se manifiesta el consenso del Estado. Existe así una conexión entre el nivel supranacional (que se expresa en el Tratado) y el

nivel nacional (la Constitución del Estado como decisión del pueblo en favor de la integración y el Parlamento autorizado por la Constitución concretando ese mandato)"³³¹.

A lei de aprovação dos Tratados constitutivos da União Europeia e dos Tratados de revisão, metaforicamente, representa a ponte jurídica entre a ordem jurídica nacional e comunitária³³². É ela – lei de aprovação - que concretiza a autorização constitucional geral de transferência de poderes de soberania e de participação no projeto integracionista³³³.

A ponte jurídica a que se referiu não se limita ao processo de abertura, incorporação e aceitação do direito comunitário originário, nem se extingue no tempo daqueles fenômenos.

O processo de comunicação e interação entre as ordens jurídicas nacional e comunitária é intenso e constante, como se observa no contexto das competências partilhadas em que (i) o exercício do poder normativo dos Estados-membros integra o direito comunitário devendo assumir uma orientação finalista para atingir os objetivos dos Tratados e (ii) a União pode assumir o exercício das competências partilhadas no caso de os Estados-membros não desempenharem a contento aqueles poderes, e desde que respeite o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Buscando sistematizar as relações possíveis entre ordenamentos, ARNOLD apresenta três modelos de interação entre ordenamentos jurídicos:

"Existen tres modelos de relación compleja entre ordenamientos: 1) complementariedad; 2) acumulación; y 3) paralelismo.

³³¹ ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 102.

³³² ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 101.

³³³ BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 216.

El primer modelo se caracteriza por la combinación de dos [...] ordenamientos que regulan alternativamente la totalidad de materias. Cada ordenamiento tiene competencia [...] para regular una parte de las materias. Este modelo puede ser um modelo estable (con distribución prefijada del poder) o, lo que parece más adecuado en el Estado moderno, flexible, con un mecanismo variable de distribución del poder que permite la transferencia del mismo de un ordenamiento a otro.

El segundo modelo supone la coincidencia (parcial) de varios ordenamientos, lo cual lleva a una vigencia acumulada de normas de diverso origen. El conflicto entre estas últimas ha de ser resuelto mediante una regla que determine la primacía de una de ellas. Esta primacía puede expresarse de forma fuerte, con la anulación de una de las normas en conflicto, o de forma más moderada, de modo que se aplica el ordenamiento prevalente en el caso concreto mientras que el ordenamiento o los ordenamientos que no gozan de primacía quedan sin aplicación, aunque se mantiene la existencia de todos ellos.

El tercer modelo es el de la coexistencia horizontal de ordenamientos no integrados sino existentes de forma paralela, en una relación de independencia. [...] mecanismo típicamente aplicable en el ámbito del Derecho internacional público.

El tercer modelo es el de relación tradicional entre Estados, sin consecuencias para su respectiva soberanía.

El primer modelo es expresión de una relación de integración, con la consecuencia de una reducción de soberanía de los ordenamientos en cuestión. [...] Si este ente no constituye un Estado sino un ente integrado de carácter supranacional (nuevo tipo de entidad) la soberanía se reduce por lo que se refiere a los Estados que lo componen y las funciones de éstos se transfieren

parcialmente al ente supranacional. El segundo modelo, el de coincidencia acumulativa, debe conducir en su resultado a la primacía de uno sólo de los ordenamientos.[...] trae consigo como consecuencia la creación de una relación cumulativa entre poderes del Estado y poderes del ente supranacional. Para la resolución de los posibles conflictos ha de existir una norma, que se concreta en el principio de primacía del Derecho supranacional, lo cual supone que en cuanto a sus efectos, a su resultado, el modelo acumulativo se acerca al modelo de complementariedad³³⁴.

Diante dos modelos apresentados, a questão reside em saber qual o modelo identificado na interação entre os ordenamentos dos Estados-membros e o comunitário.

Da análise das estruturas mínimas caracterizadoras daqueles modelos, é possível verificar que a relação entre os ordenamentos comunitário e nacional assume características de mais de um daqueles modelos, a depender da espécie de competência em questão: exclusiva ou partilhada.

Neste sentido, **no campo das competências exclusivas o modelo de interação é o da complementariedade, ao passo que na esfera das competências partilhadas o modelo de interação é de acumulação.**

Fica evidente que no contexto das competências exclusivas há repartição estável das competências cabendo ao direito comunitário regular a totalidade, sem interferência dos Estados-membros, das matérias atribuídas exclusivamente à União.

Por outro lado, como visto, no âmbito das competências partilhadas há clara manifestação do modelo de acumulação, haja vista a coincidência parcial de competências e a possibilidade **abstrata** de vigência de normas jurídicas

³³⁴ ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 97-98.

provenientes de cada ordenamento, exigindo-se para tanto a adoção da regra da primazia moderada para solucionar o conflito aparente de normas, resultando na inaplicabilidade de uma delas.

Por assumir características de dois modelos de interação a depender da espécie de competência; a complexidade da interação entre os ordenamentos comunitário e nacionais não foi alcançada por nenhum outro projeto de integração envolvendo outros países³³⁵.

A integração europeia e sua ordem jurídica ostentam singularidades relevantes, tendo AMARAL e PIÇARRA apontado a mais relevante delas, qual seja, o estado de abertura constante e permanente entre as ordens jurídicas interrelacionadas:

"[...] uma das maiores singularidades, senão mesmo a maior, da forma de poder [...] que a União Europeia constitui é precisamente a circunstância de ser inerente à sua própria natureza o 'estado de abertura' em que permanece a questão da 'autoridade final' [...]"³³⁶.

O grau de interdependência e interpenetração entre as ordens jurídicas comunitária e nacional é elevado a tal ponto³³⁷ que permanece indefinida ou pelo menos objeto de grave tensão a identificação do órgão que desempenhará a função da autoridade final para a solução das crises jurídicas provenientes da interação daqueles ordenamentos.

³³⁵ "[...] es importante advertir que no todas las fuentes, normas, procedimientos y organizaciones que se crean, ni los ordenamientos que se conforman a partir de esos procesos de integración tienen la misma influencia sobre el derecho interno; algunos son más trascendentes que otros o están mejor sistematizados que los demás". ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 306.

³³⁶ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 217.

³³⁷ BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 179.

Isso porque sob a ótica tradicional das fontes jurídicas e do constitucionalismo³³⁸, a indentificação da 'autoridade final' tem estreita relação com a aceitação da submissão/subordinação de uma ordem jurídica sobre a outra³³⁹. Sob o ângulo da relação entre a ordem comunitária e nacional, não é essa a perspectiva que vigora, inexistindo portanto relação de subordinação entre aquelas ordens jurídicas³⁴⁰.

O processo de integração da União Européia *"ha modificado la dimensión normológica a partir de nuevas formas de auto y heterovinculación de los Estados y sus habitantes [...]"*³⁴¹.

Ademais, *"[...] estos sistemas superan la capacidad de recepción normativa y afectan sustancialmente las bases sobre las que se sienta la hermenéutica del derecho interno"*³⁴².

Nesta linha, ALBORNOZ diz que *"[...] las fuentes del Derecho componen hoy un poliedro de muchísimas caras y, desde luego, irreductible a la lineal trilogía ley, costumbre, principios generales del Derecho [...]"*³⁴³.

³³⁸ CARROZZA, Paolo. **El "Multilevel Constitutionalism" y el sistema de fuentes del derecho**. In: **Revista española de derecho europeo**, Nº. 19, 2006, pags. 341-366.

³³⁹ "“Heterarchical” and “horizontal” are instinctively appealing notions while “hierarchy” and “vertical” sound old-fashioned and reactionary, but leaving fashions aside one has to admit that a legal order will probably decay and collapse sooner or later without a minimum degree of hierarchy regarding its application". CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice**. In: *International Journal of Legal Information*, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 236.

³⁴⁰ No Processo TJUE nº 11/70, de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, o Tribunal de Justiça declarou a superioridade do direito comunitário em relação a toda a ordem jurídica dos Estados-membros, incluindo aí suas Constituições. Decerto, a decisão do Tribunal deve ser analisada à luz das ponderações constantes nesse trabalho sob pena de se desfigurar a tênue relação normativa entre as ordens jurídicas relacionadas à integração européia. Criticando o teor da decisão proferido no caso 'Internationale Handelsgesellschaft': "[...] las decisiones políticas fundamentales de un Estado miembro y su estructura constitucional básica son elementos integrantes esenciales de esta identidad. El poder de la Comunidad no puede, por tanto, sobrepasar este límite.. Una primacía absoluta del Derecho Comunitario como la que propagó el Tribunal Europeo en el asunto «Internationale Handelsgesellschaft» encuentra su límite en la estructura constitucional básica de un país". ARNOLD, Rainer. **El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas Reflexiones desde la Perspectiva Alemana**. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 9, Enero-Junio, 2008, p. 243.

³⁴¹ ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: *Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico*, 2007, p. 297.

³⁴² ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: *Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico*, 2007, p. 297.

³⁴³ ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: *Revista de Administración Pública*, 109, Enero-abril, 1986, p. 120.

Quer dizer o doutrinador que a concepção singular da ordem jurídica da União Europeia e, por consequência, sua interação com a ordem interna dos Estados-membros; não comporta aproximações dogmáticas tradicionais, cujo berço teórico repousa na teoria do direito originalmente concebida para explicar os fenômenos jurídicos essencialmente estatais, ou melhor, explicar a legitimidade e a autoridade das manifestações jurídicas produzidas pelos Estados Nacionais³⁴⁴.

Contrariamente, a interação entre as ordens jurídicas envolvidas na integração europeia assume feição extremamente singular por colocar-se em inédita e profunda relação de mutualismo jurídico³⁴⁵, constituindo-se verdadeira relação de **interdependência horizontal e complexa entre ordens jurídicas**³⁴⁶, superando-se então o conceito de hierarquia normativa³⁴⁷.

A originalidade desta dinâmica jurídica é exaltada por AMARAL e PIÇARRA de modo extremamente interessante:

"[...] 'pluralidade de textos supremos' [expressão de WITTE, Bruno de. *Community Law and National Constitutional Values*. In: *Legal Issues of European Integration*, 1991, p. 22] que tão originalmente tem caracterizado a União Europeia – em que a sua constituição está não em pirâmide, mas em rede (e

³⁴⁴ CRISAFULLI, Vezio. **Jerarquía y Competencia en el Sistema Constitucional de Las Fuentes**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 323-353. Em sentido próximo, mas referindo-se à europeização da Teoria Geral do Direito e do Estado: HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, Nº 79, 1993, p. 10 e 11.

³⁴⁵ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 95.

³⁴⁶ ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 300; e GERSTENBERG, Oliver. **Expanding the Constitution Beyond the Court: The Case of Euro-Constitutionalism**. In: European Law Journal, Vol. 8, N. 1, 2002, p. 184-185.

³⁴⁷ "[...] the relationship between the orders 'is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical". ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p 31. E ainda: "[...] a relação entre o direito da UE e as constituições nacionais não se estabelece segundo princípios unilaterais de hierarquia [...]". AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 202.

também em processo de “fertilização cruzada”) com as constituições dos Estados-Membros”³⁴⁸.

A partir desta ótica a relação entre as ordens jurídicas – comunitária e nacional – afastaria-se da noção de pirâmide normativa, assemelhando-se a uma estrutura de rede³⁴⁹, num processo de ‘fertilização cruzada’³⁵⁰, cujo sentido é esclarecido por AMARAL e PIÇARRA:

"A expressão pretende designar a influência recíproca e dinâmica de regras e princípios jurídicos fundamentais que, no processo de transplante de uma constituição para a outra, sofrem e simultaneamente provocam algumas mutações no sentido de se tornarem compatíveis com a 'constituição hospedeira'"³⁵¹.

A insituição do direito comunitário pelos Estados-membros criou, de fato, situação jurídica singular na qual a ordem jurídica nacional de cada Estado-membro **coexiste e é simultaneamente operativa** com aquela nova ordem jurídica supranacional³⁵².

³⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 205.

³⁴⁹ ANDREAU refere-se à "pluraridad de fuentes regulatorias" e "universalización de las fuentes jurídicas". ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 297 e 301.

³⁵⁰ Utilizando o conceito de fertilização cruzada no contexto do direito da União Europeia, ver na doutrina portuguesa recente: RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **Da livre circulação de pessoas à cidadania europeia**. In: ALMEIDA, Marta Tavares de, e PIÇARRA, Nuno (coord.), 50 Anos do Tratado de Roma, Lisboa, 2008, p. 72; e DUARTE, Maria Luisa. **Direito Administrativo da União Europeia**, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23. Por outra ótica, BARACHO refere-se ao fenómeno como uma “europeização da Teoria Geral do Direito e do Estado”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 30.

³⁵¹ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 205.

³⁵² ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 41.

Há portanto uma congruência estrutural entre o ordenamento constitucional da União e os dos Estados-membros³⁵³, que na visão de CATALANO assume as seguintes características:

“Uno de los aspectos característicos y particulares de la parcial integración realizada por los tratados que instituyeron las comunidades europeas, está constituido por la superposición de las normas comunitarias a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Un problema jurídico se sigue de ello, del cual conviene hacer mención, aunque sin pretender resolver ya sus diferentes y complicados aspectos.

Ante todo, los tratados que instituyeron las Comunidades – aun siendo una fuente fundamental de derecho para esas Comunidades – forman parte, al mismo tiempo, del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros. Efectivamente, en virtud de cada ley de ratificación, están ellos insertados en el sistema legislativo interno, con el mismo título que toda otra ley nacional. De ello se siguen unas cuantas consecuencias importantes:

- a) la identidad absoluta de la modificación realizada en los sistemas legislativos de los Estados miembros, puesto que el mismo texto ha sido incluido en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales;
- b) el efecto derogativo respecto de normas internas preexistentes, si éstas son en todo o en parte incompatibles con las prescripciones de los tratados;
- c) el poder y el deber de los Estados miembros de adoptar las normas de ejecución necesaria para la aplicación de los tratados, sin que haya necesidad de que intervengan los Parlamentos.

³⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Européia: uma evolução na continuidade.** In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 207.

[...] Se ha afirmado, [...], la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos que se superponen, sin fundirse en un ordenamiento jurídico único.

[...]

“Esta construcción complicada puede evitarse si se acepta la tesis de los ordenamientos jurídicos paralelos.

[...] si se reconoce que el conjunto de las normas comunitarias (contenidas tanto en los tratados como en las medidas normativas adoptadas por las instituciones comunitarias) forman parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que ellas completan o modifican, según los casos, es relativamente más fácil [...]”³⁵⁴.

O que se quer dizer é que a ordem jurídica comunitária integra em diversos graus o direito interno dos Estados-membros³⁵⁵, assim como o direito interno, de certa forma, integra a ordem jurídica comunitária.

É exatamente neste sentido a opinião de BORCHARDT:

"[...] não é fácil determinar a posição do direito comunitário no conjunto do sistema jurídico e estabelecer as suas fronteiras com as outras ordens jurídicas. Duas tentativas de classificação [...]: a que considera o direito comunitário como sendo apenas um conjunto de acordos entre Estados e a que o vê como parte ou apêndice dos sistemas jurídicos nacionais.

[...]

Mesmo apresentando-se o direito comunitário como uma ordem jurídica independente das ordens jurídicas dos Estados-Membros, não se julgue que aquela e estas se sobrepõem. Contra esta visão limitada da realidade

³⁵⁴ CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas**. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 170-171 e 178.

³⁵⁵ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 400.

existem dois argumentos: por um lado, o facto de um mesmo indivíduo reunir em si as qualidades de cidadão de um Estado e de cidadão da Comunidade; por outro lado, um tal entendimento esqueceria que o direito comunitário só tem significado se for aceite nas ordens jurídicas dos Estados-Membros. A ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais são, na verdade, interdependentes.

[...]

Ao contrário das outras ordens jurídicas nacionais, não constitui um sistema auto-suficiente, pois depende dos sistemas nacionais para a sua aplicação"³⁵⁶.

Por essa razão é que o direito comunitário pode ser considerado como subsistema integrante de um sistema jurídico maior composto também por outros subsistemas jurídicos constituídos pelas ordens jurídicas internas dos Estados-membros, os quais têm relação de horizontalidade e intercomunicações constantes com o citado subsistema comunitário ('fertilização cruzada')³⁵⁷.

Pode-se dizer então que o direito comunitário assim como o direito nacional dos Estados-membros fazem parte de um único bloco normativo aplicável aos Estados-membros, aos cidadãos europeus e à própria União Europeia³⁵⁸.

A partir dessa percepção de que as ordens jurídicas comunitária e nacionais são subsistemas de um sistema jurídico maior que os une, é que HÄBERLE elabora o conceito de Direito Constitucional Comum Europeu³⁵⁹ que

³⁵⁶ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 94-95 e 96.

³⁵⁷ Também conhecido por "*pluralismo ordinamental europeu*": BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros**. In: Revista de derecho constitucional europeo, Nº. 2, 2004, p. 127.

³⁵⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?**. In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 712.

³⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, Nº 79, 1993, p. 11 e _____. **Europa como comunidad constitucional en desarrollo**. In: Revista de derecho constitucional europeo, N. 1, 2004, p. 11-24. PIÇARRA e COUTINHO falam em "direito comum europeu". PIÇARRA, Nuno e COUTINHO, Francisco Pereira. **A Europeização dos Tribunais Portugueses**. Working Paper 18, 2006, p. 3, Disponível em: in <http://www.ipri.pt/publicacoes/working->

representaria a fusão³⁶⁰ ou identificação no contexto do constitucionalismo europeu e dos Estados-membros um núcleo constitutivo comum, apesar das variantes constitucionais de cada país.³⁶¹

Na visão de HÄBERLE, fazendo ele mesmo uma síntese:

“Resumiendo: legisladores, jurisprudencia constitucional y ciência jurídica (constitucional) constituyen em Europa um substrato jurídico común indisociable que contine elementos del tipo ‘Estado Constitucional’, es decir, ante todo respeto a la dignidad humana, democracia pluralista, derechos humanos y libertades fundamentales, Estado de Derecho (império de la ley), justicia social, autogestión administrativa a nível municipal, subsidiariedad, tolerância y protección de minorías, regionalismo y federalismo. Cuanto mayores sean las variantes de las formas particulares y mayor asimismo el grado de diferenciación y abstracción o, em su caso, de concreción de los principios, tanto más variadas serán las formas em las que se ponga em evidencia la remisión al ‘legado común’ y a los ‘valores ético-espirituales’, pasando por los principios generales del Derecho contenidos em cada uma de las constituciones hasta alcanzar los standards

[paper/pdf/Tribunais.pdf](#). Acesso em 08.11.2010. Nesse ponto, importante referir-se à teoria da constitucionalização da União Européia: TIMMERMANS, Christiaan. **The constitutionalization of the European Union**. In: Yearbook of European Law, 2002, nº 21, p. 1-61; ALLOTT, Philip. **The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe**. In: Common Market Law Review, V. 34, Issue 3, 1997, p. 439-469; e HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, Nº 79, 1993, p. 23. Para uma visão abrangente: HÄBERLE, Peter; HABERMAS, Jürgen; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. **La Constitucionalización de Europa**. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

³⁶⁰ Fala-se em fusão com sentido de preservação das identidades individuais de cada Estado-membro. "Os Estados-Membros não devem fundir-se na UE, mas antes trazer para ela a sua identidade nacional". BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 12.

³⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 32. Ainda neste sentido: "The jus commune europeum or, if you like, the 'common constitutional traditions' are undoubtedly a reality recognisable around a consolidated and limited nucleus of values, while the category becomes more uncertain and shaky the farther one strays from that essential nucleus of common values". CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 22.

européens, la homogeneidad conceptual y la categoría de ‘Estado europeo constitucional’”³⁶².

O Direito Constitucional Comum Europeu seria então um denominador comum entre o direito comunitário e o direito constitucional de cada um dos Estados-membros, exigindo assim intensa interação entre essas ordens respeitando a individualidade de cada uma delas:

“O Direito Constitucional Comum Europeu não pretendeu sufocar o Direito Constitucional *sui generis* de cada nação, ao contrário pretende colaborar em sua fundamentação, assumindo-o quando foi preciso.

[...]

O esquema tradicional hierárquico das fontes do Direito de disposição vertical, apenas ostentam neste contexto um valor relativo, na ocasião em que se procura realizar a interação mútua do Direito Constitucional Comum Europeu”³⁶³.

Observa-se que o estudo da interação e da relação entre a ordem comunitária e as ordens internas dos Estados-membros alcança desenvolvimento teórico extremamente elaborado, a justificar a identificação de um núcleo constitucional comum formado pelas Constituições dos Estados-membros e os Tratados constitutivos da União Europeia do qual se extrai unidade jurídica substancial e um sistema institucional coerente³⁶⁴.

À luz dessa unidade jurídica substancial, as competências para agir e o exercício dos poderes inerentes à soberania são divididos em dois ou mais níveis, resultando assim no ‘*constitucionalismo multinível*’.

³⁶² HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, Nº 79, 1993, p. 22-23.

³⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 31 e 37.

³⁶⁴ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 706.

O Prof. Ingolf Pernice é referência na doutrina sendo citado por inúmeros autores³⁶⁵ sempre e quando se referem ao constitucionalismo multinível.

E ninguém melhor que PERNICE para definir o constitucionalismo multinível:

"This concept treats European integration as a dynamic process of constitution-making instead of a sequence of international treaties which establish and develop of international cooperation. The question 'Does Europe need a Constitution' is not relevant, because Europe already has a 'multilevel constitution': a constitution made up of the constitutions of the Member States bound

³⁶⁵ CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15.** In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 1-38; WITTE, Bruno de. **European Treaty Revision: A Case of Multilevel Constitutionalism.** In: ZEMÁNEK, Jirí; PERNICE, Ingolf (Org.). *Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond.* Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 59-76; KOTZUR, Markus; MÉNDEZ, Cristina Elías (trad.). **Los derechos fundamentales en europa.** In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 73-100; MAYER, Franz C. **Competences-Reloaded? The vertical division of powers in the EU after the new European Constitution.** In: International Journal of Constitutional Law, Vol. 3, Issue 2 and 3, 2005, p. 493-515; CALLEJÓN, Francisco Balaguer; HÄBERLE, Peter. **La regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht-II" anquilosada.** In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 397-429; BUELGA, Gonzalo Maestro. **El Sistema de Competências en la Constitución Económica Europea: Unión y Estados Miembros.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 5, Enero-Junio, 2006, p. 65-99; KOMÁREK, Jan. **Federal elements in the community judicial system: Bulding coherence in the community legal order.** In: Common Market Law Review, v. 42, issue 1, 2005, p. 9-34, _____. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities.** In: Institute for European Law at Stockholm University, No. 54, 2006, p. 1-65; ITZCOVICH, Giulio. **The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice.** In: German Law Journal, V. 10, n. 5, 2009, p. 537-560; AVBELJ, Matej. **Questioning EU Constitutionalisms.** In: German Law Journal, Vol. 9, No. 1, March 2008, p. 1-26; CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously.** In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 5-31; POLLICINO, Oreste. **Against the Idea of 'Americanization' of European Judicature in the Context of the New Era of Judicial Globalization.** In: Panoptica, No. 8, 2007, p. 407-440; MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 1-19; HALBERSTAM, Daniel. **Comparative Federalism and the Issue of Commandeering.** In: *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, 2001; GARCIA, Ricardo Alonso. **Actividad judicial v. inactividad normativa: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros.** In: Revista de administración pública. N. 151 (en.-abr. 2000). p. 77-132; JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. **Possui a União Européia uma autêntica constituição? : um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática.** In: Revista de Informação Legislativa, v.37, nº 147, jul./set., 2000, p. 145-160; TRIDIMAS, Takis. **The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?** In: TRIDIMAS, Takis; NEBBIA, P. (Editors), *EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal Order*, Volume 1, Oxford: Hart Publishing, 2004, 113-142; e MADURO, Miguel Poiars. **Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism.** In: European Journal of Legal Studies, Vol. 1, N. 2, 2007, p. 1-21..

together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (Verfassungsverbund).
[...]

"Multilevel constitutionalism is based on the assumptions that the *contrat social*, the concept developed by Rousseau, does not necessarily lead to one unitary State, and that the notion of constitution is not necessarily bound to a rigid concept of the State. This new concept creates room for a pluri - or multilevel organization of public authority and responsibilities. federal States are a classic example that a society can be organized in a two-level State structure, in which [...] powers are divided between two levels of government according to their respective constitutions"³⁶⁶.

Sendo assim, o constitucionalismo multinível parte do pressuposto de que o grau de integração e interdependência entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais é tão intenso e singular que se passa a visualizar uma ordem constitucional de núcleo comum com repartição dos poderes soberanos em diversos níveis, por exemplo, nível regional (Estados integrantes de federações. Ex: Länders da Alemanha), nacional (Estados-membros) e supranacional (União Europeia)³⁶⁷.

O desenvolvimento da União Europeia e sua ordem jurídica constitui um processo constitucional aberto e dinâmico em (re)alocação e (re)definição de poderes num sistema que trabalha com vários níveis de atuação político-jurídica³⁶⁸. Logo, o constitucionalismo multinível pressupõe um processo contínuo de construção da ordem constitucional formada por todos os níveis de atuação política em exercício de poderes soberanos³⁶⁹.

³⁶⁶ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 707 e 709.

³⁶⁷ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 707.

³⁶⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 729.

³⁶⁹ Na visão de AALBERTS, mesmo concordando que o constitucionalismo multinível tenha contribuído para a compreensão do exercício da autoridade pública por múltiplos atores em diversos níveis, combinando integração e cooperação; afirma que aquela teoria não resolveu completamente a questão da

Ainda nessa linha, mas sob a ótica dos direitos fundamentais, KOTZUR preceitua:

“La idea de ámbitos europeos de derechos fundamentales que interactúan pone también de relieve que en el ‘multilevel constitutionalism’ no se trata de una jerarquización de los niveles de decisión. Lo que dicho constitucionalismo pretende es desarrollar, a partir de la constatación empírica de combinaciones políticas múltiples, un modelo normativo adecuado de ‘combinaciones multinivel’ constitucionales”³⁷⁰.

Como visto, há mútua influência entre o constitucionalismo comunitário e o constitucionalismo dos Estados-membros. O que pode ser observado pelo fato de que aquele só tem existência e aplicabilidade perante a ordem jurídica interna porque a cláusula de integração prevista no texto constitucional dos Estados-membros autoriza genericamente a produção de efeitos da ordem comunitária no espaço jurídico daqueles países; assim como a lei de ratificação incorpora o programa de integração complementando e dando vida à cláusula de integração.

Ademais, ainda no que se refere ao constitucionalismo comunitário, nota-se nos Tratados a existência de inúmeras remissões expressas às constituições dos Estados-membros, seja determinando o respeito às tradições e princípios constitucionais comuns seja determinando a explícita absorção do direito comunitário pelas ordens internas nos termos do procedimento previsto na constituição de cada Estado-membro³⁷¹.

soberania, já que a tensão entre integração e identidade constitucional permaneceria atual. AALBERTS, Tanja E. **Sovereignty Reloaded? A Constructivist Perspective on European Research**. In: The Constitutionalism Web-Papers: School of Law, University of Manchester, n. 2, 2005, p. 2. Em sentido próximo: RÖBEN, Volker. **Constitutionalism of inverse hierarchy: the case of the European Union**. In: Jean Monet Working Paper, n. 8, 2003, p. 1-32.

³⁷⁰ KOTZUR, Markus; MÉNDEZ, Cristina Elías (trad.). **Los derechos fundamentales en europa**. In: Revista de derecho constitucional europeo, n.º. 12, 2009, p. 76-77.

³⁷¹ Neste sentido: CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15**. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 3. Como exemplo, das referências explícitas pode-se citar os seguintes dispositivos dos Tratados: TUE - artigo 4º,

Destarte, CLAES resume a importância do constitucionalismo dos Estados-membros para o constitucionalismo comunitário:

"National Constitutions are highly relevant to the EU, and have an important role to give legitimacy and constitutional values in the European Union. National Constitutions are key in increasing constitutionalism in the context of the EU, at both national and European level. The European Constitution can best be described as a composite constitution, in which national Constitutions must be considered elements of the EU Constitution.

[...]

"The European Constitution is made up of arrangements, rules and principles at the European level, completed with national arrangements, rules and values. The other way round, the national Constitution is to be regarded as a composite constitution as well, made up of national and European building blocks.

[...]

National constitutional law and constitutional law at the European level together form the composite constitution of the European Union"³⁷².

Por outro lado, caracterizando uma via de mão dupla, e como aponta CLAES, a participação de um Estado na União Europeia afeta diretamente o constitucionalismo daquele Estado, sobretudo no que diz respeito ao seu funcionamento:

"[...] it would be erroneous and misleading to maintain that membership of the EU does not affect the national

artigo 6º, artigo 42º, artigo 48º, artigo 49º, artigo 50º, artigo 54º, artigo 55º. **TFUE** - artigo 25º, artigo 218º, artigo 223º, artigo 262º, artigo 311º, artigo 357º. Protocolo nº 1, Protocolo nº 4, Protocolo nº 22, Declaração nº 1, Declaração nº 51, Declaração 53; e Carta dos Direitos Fundamentais.

Constitution and its functioning. It is hard to pretend that the Constitution continues to apply as it did before membership, and that the constitutional norms and arrangements remain unaffected. National constitutional supremacy is nowhere absolute, and all national Constitutions and constitutional arrangements undergo some change"³⁷³.

Os efeitos dessa nova ordem de influência normativa sobre o constitucionalismo estatal podem se manifestar por meio de emendas ao texto constitucional, alterações na interpretação da Constituição ou mudanças na prática constitucional³⁷⁴.

Na visão de PERNICE, trata-se de um processo inevitável de mutação constitucional:

"The resulting constitutional process has a double effect: supranational institutions are created vested with new powers and, as far as they are incompatible with provisions of the national constitutions, these provisions are changed either implicitly - a phenomenon called 'constitutional mutation' by Hans Peter Ipsen - or by express amendment. The process of constituting supranational power or competence step by step may imply a loss of competence at the national level or, in other words, a partial and progressive 'destitution' of national 'sovereign' powers"³⁷⁵.

³⁷² CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15.** In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 3, 6 e 13.

³⁷³ CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15.** In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 2.

³⁷⁴ LAGRANGE, Maurice. **The Court of Justice as a Factor in European Integration.** In: The American Journal of Comparative Law, V. 15, 1966, p. 716.

³⁷⁵ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 718.

Como se nota, a ordem jurídico-constitucional é profundamente alterada com a participação do Estado-membro na União Européia, justamente em razão do mutualismo jurídico que caracteriza o constitucionalismo multinível.

Seguindo com a análise do constitucionalismo multinível, observa-se que, com ele, encerra-se o aparente conflito sob a perspectiva da primazia existente entre o constitucionalismo dos Estados-membros e o constitucionalismo comunitário.

O alargamento da visão teórica promovido pelo constitucionalismo multinível demonstra que a relação/interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais é multifacetária, de maneira que a questão do conflito de normas jurídicas e a solução dada pelo princípio da primazia constituem apenas um dos aspectos possíveis daquela interação³⁷⁶.

À luz dessa concepção, CLAES repudia as aproximações teóricas em direção ao fenômeno da interação entre ordenamentos europeus pautadas em método uni-dimensional daquele fenômeno. Ou seja, aproximações teóricas que se restringem a analisar a dinâmica da interação normativa ou sob a ótica exclusiva dos Estados-membros (supremacia constitucional), ou sob a ótica exclusiva comunitária (primazia do direito comunitário)³⁷⁷.

Tendo em vista todas as peculiaridades da relação entre os ordenamentos jurídicos relacionados à integração européia, nas palavras de PERNICE, analisando-se a União Européia sob a perspectiva do constitucionalismo multinível depreende-se que ela desponta como um desafio "[...] *to the concept - or the myth - of the sovereign State and constitution in the classical sense*"³⁷⁸,

³⁷⁶ "To sum up, the relationship between European law and national constitutional law is much more complex than is often suggested by reference to a principle of primacy". CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15**. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 13.

³⁷⁷ CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15**. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 5 e 13.

³⁷⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 708.

uma vez que rompe o paradigma de que os poderes estatais só podem ser exercidos por um nível de organização política.

O rompimento do paradigma da concentração de poderes soberanos em um único nível, ou seja, Estado nacional, sustenta-se inclusive perante as Constituições dos Estados-membros da União Europeia, uma vez que o constitucionalismo daqueles Estados legitima o desmembramento do exercício dos poderes soberanos em níveis, o que se é revelado pelas já mencionadas 'cláusulas de integração' que promovem a abertura da ordem constitucional interna à formação de um sistema jurídico integrado com o direito comunitário³⁷⁹.

5.4. Técnica do diálogo institucional

Do ponto de vista da interação entre os ordenamentos, restou satisfatoriamente demonstrada a dinâmica relacional contínua, permanente e fluída vivida no seio da integração europeia. A comunicação constante entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros é fenómeno jurídico indissociável da integração europeia.

Por essa razão, esta dinâmica produz interessantes reflexos no modo com que as instituições comunitárias e dos Estados-membros se relacionam. Em outras palavras, a integração europeia e mais especificamente a União desenvolveu-se com a utilização consistente da técnica do *diálogo institucional*³⁸⁰ entre as instituições comunitárias e as instituições dos Estados-membros para viabilizar a execução de seus objetivos e, sobretudo, para a legitimação da atuação da União e seu direito correspondente.

³⁷⁹ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 710. Também neste sentido, identificando o mecanismo de ratificação como legítimo exemplo de construção da ordem constitucional decorrente do constitucionalismo multinível: WITTE, Bruno de. **European Treaty Revision: A Case of Multilevel Constitutionalism**. In: ZEMÁNEK, Jirí; PERNICE, Ingolf (Org.). Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 59-76.

³⁸⁰ Expressão utilizada em: SCHRANS, Guy. **A Comunidade e suas instituições**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 32.

São inúmeros os exemplos em que a operação da União Europeia ou a construção/aplicação do direito comunitário dependem rigorosamente da atuação dos Estados-membros para assegurar a validade e eficácia daquelas atuações³⁸¹.

Sendo assim, a operacionalização da atuação da União Europeia e do direito comunitário demanda e exige a participação dos Estados-membros por meio de suas instituições e representantes constitucionais (*“multi-tier negotiating system”*³⁸²).

A começar – o que já foi abordado – pela própria criação e nascimento da União Europeia e seu direito comunitário originário, oportunidade em que exigiu-se a abertura constitucional à integração autorizando a negociação da transferência de poderes soberanos para a União, bem como, no que diz respeito à ordem jurídica originária, a necessidade de incorporação pelos Estados-membros por meio de suas instituições constitucionais competentes (art. 317 do TFUE³⁸³)³⁸⁴.

Operação idêntica de participação das instituições constitucionais competentes ocorre na revisão dos Tratados (direito comunitário originário) por meio dos processos de revisão ordinário e simplificado regulados pelo artigo 48º do TUE.

Nos processos de revisão ordinário e simplificado, observa-se a possibilidade dos Governos dos Estados-membros submeterem ao Conselho ou ao

³⁸¹ GARCIA, Ricardo Alonso. **Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 57.

³⁸² AALBERTS, Tanja E. **Sovereignty Reloaded? A Constructivist Perspective on European Research**. In: The Constitutionalism Web-Papers: School of Law, University of Manchester, n. 2, 2005, p. 6.

³⁸³ Artigo 357.º O presente Tratado será ratificado pelas Altas Partes Contratantes em conformidade com as respectivas normas constitucionais. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto do Governo da República Italiana.

O presente Tratado entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao do depósito do instrumento de ratificação do Estado signatário que tiver procedido a esta formalidade em último lugar. Todavia, se esse depósito se efectuar menos de quinze dias antes do início do mês seguinte, a entrada em vigor do Tratado será adiada para o primeiro dia do segundo mês seguinte à data desse depósito.

³⁸⁴ Em sentido próximo: CAPPELLETTI, Mauro, SECCOMBE, Monica e WEILER, Joseph. **Integration Through Law: Europe and the American federal experience**, Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

Conselho Europeu (processo de revisão simplificado) projetos de revisão dos Tratados.

Em ambos os casos existem previsões mais genéricas ou específicas de notificação dos Parlamentos nacionais para simples ciência ou verdadeira participação na análise do projeto de revisão, como ocorre neste último caso no processo de revisão ordinário.

Também no processo de revisão ordinário há a determinação no TUE de convocação de convenção para análise do projeto de revisão composta por representantes dos Parlamentos nacionais, dos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membro; bem como a convocação de Conferência de Representantes dos Governos dos Estados-membros nas hipóteses de alteração de pequeno impacto na integração.

Em qualquer dos processos de revisão, frise-se, as alterações apenas entram em vigor após a sua ratificação por todos os Estados-Membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais.

A adesão de novos Estados-membros na União-Européia exige de igual modo a participação conjunta das instituições comunitárias e das instituições dos Estados já membros da integração, na forma do artigo 49º do TUE³⁸⁵.

De igual forma, o abandono da União Européia por Estado-membro exige atuação conjunta de instituições dos dois níveis de poderes, conforme prescrito no artigo 50º³⁸⁶.

³⁸⁵ Artigo 49.º

Qualquer Estado europeu que respeite os valores referidos no artigo 2.º e esteja empenhado em promovê-los pode pedir para se tornar membro da União. O Parlamento Europeu e os Parlamentos nacionais são informados desse pedido. O Estado requerente dirige o seu pedido ao Conselho, que se pronuncia por unanimidade, após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem. São tidos em conta os critérios de elegibilidade aprovados pelo Conselho Europeu.

As condições de admissão e as adaptações dos Tratados em que se funda a União, decorrentes dessa admissão, serão objecto de acordo entre os Estados-Membros e o Estado peticionário. Esse acordo será submetido à ratificação de todos os Estados Contratantes, de acordo com as respectivas normas constitucionais.

Ainda, não se pode negar o duplo papel institucional exercido pelo cidadão da União Europeia³⁸⁷, que é considerado sujeito de direito nos dois espaços jurídicos e exerce a titularidade última do poder de soberania retido pelos Estados e o transferido para a União.

De forma a materializar a importância do duplo papel institucional exercido pelo cidadão da União no âmbito da integração europeia, pode-se mencionar o item 2, do artigo 20º do TFUE, que confere aos cidadãos direitos eleitorais ativos e passivos para compor o Parlamento Europeu (instituição comunitária), bem como o direito de dirigir petições às instituições comunitárias.

No contexto específico da aplicação do direito comunitário, e como já foi esclarecido anteriormente no trabalho, são as instituições dos Estados-membros que devem zelar pela efetiva aplicação em seus territórios do direito comunitário originário e derivado.

Ainda na esfera da aplicação do direito comunitário, releva apontar a figura legislativa singular existente na integração europeia conhecida por diretiva, definida pelo artigo 288º do TFUE: “*a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*”.

Embora a redação do dispositivo não apresente de forma clara a integral dimensão da espécie legislativa, é possível definir que as diretivas comunitárias são atos jurídicos legislativos que em sua essência exigem e induzem à participação dos Estados-membros na construção e aplicação do direito comunitário.

O conteúdo da diretiva estipula um resultado ou um objetivo que deve ser alcançado no prazo por ela indicado. No decurso desse prazo os Estados-

³⁸⁶ Pela primeira vez na história da integração europeia inseriu-se no Tratado a previsão de retirada da União, conferindo portanto aos Estados-membros o direito de secessão.

³⁸⁷ “Artigo 20.º

1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”.

membros devem adotar as medidas legislativas e administrativas internas necessárias à fiel execução da diretiva assegurando que aqueles objetivos e resultados apontados sejam alcançados.

É por essa razão que a fórmula legislativa da diretiva comunitária confere liberdade aos Estados-membros no que diz respeito à forma e aos meios com que os objetivos enunciados serão cumpridos.

Confirmando o diálogo institucional no âmbito das diretivas, pode-se transcrever passagem de PITTA e CUNHA:

"[...] a directiva traduz um processo legislativo em dois lanços, na medida em que, dirigida aos Estados, supõe um acto normativo nacional para sua aplicação. Tomada em si mesma, é um 'acto incompleto': à partida, não tem alcance geral, vinculando apenas os destinatários - os Estados-membros -; mas, com a transposição, adquire carácter normativo"³⁸⁸.

Designa-se transposição da diretiva a atuação exigida do Estado-membro no sentido de dotar a ordem interna de mecanismos jurídicos hábeis a atingir os objetivos indicados no ato comunitário.

A respeito da transposição, QUADROS esclarece que:

"[...], o acto de transposição não pode ser assimilado a um acto de recepção, muito menos, de transformação, da directiva. Constitui uma obrigação dos Estados destinatários eles transporem as directivas para a ordem interna, com fidelidade ao que nelas se encontra disposto e no prazo nelas estabelecido, e comunicarem

Fala-se em duplo papel institucional dos cidadãos sobretudo porque o pressuposto para ser reconhecido como cidadão da União é a que o indivíduo tenha a nacionalidade de um dos Estados-membros. Por essa razão de precedência, afirma-se o duplo papel institucional dos indivíduos na União Européia.

³⁸⁸ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 46.

periodicamente à Comissão as medidas que vão sendo adoptadas para a execução das directivas na ordem interna.

[...]

[...] a transposição obriga os Estados, não só a aprovar todas as medidas internas que sejam necessárias ao cumprimento, integral e rigoroso, das obrigações resultantes da directiva, como também a divulgar os direitos que elas conferem aos particulares e a eliminar do Direito interno todas as disposições que se revelem incompatíveis com a aplicação correcta da directiva"³⁸⁹.

Sendo assim, o principal objetivo da diretiva não é a unificação do direito, como é o caso dos regulamentos comunitários, mas sim promover uma aproximação/harmonização das disposições normativas internas dos Estados-membros com vistas a alcançar um objetivo comum, eliminando na medida do possível as contradições ou incompatibilidades normativas presentes na ordem jurídica de cada Estado-membro relativamente a determinado domínio (ex. Mercado interno)³⁹⁰.

Nota-se claramente que a estrutura legislativa da diretiva comunitária é marcada intensamente pela técnica do diálogo institucional.

Seguindo nesta linha, é de se constatar que há participação de representantes dos Estados-membros em instituições comunitárias relevantes da União Europeia, mostrando-se mais evidente na composição do Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia³⁹¹.

³⁸⁹ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 359 e 360.

³⁹⁰ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000, p. 65-66. ALBORNOZ apresenta outra distinção entre o regulamento comunitário e a diretiva, apontando a existência de prazo nas diretivas para sua definitiva transposição como ele elemento de distinção entre aquelas espécies normativas. ALBORNOZ, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 131. É importante lembrar que os regulamentos comunitários não exigem qualquer espécie de transposição.

³⁹¹ Para ilustrar tal representação: Artigo 10º, item 2 do TUE: “1. O funcionamento da União baseia-se na democracia representativa. 2. Os cidadãos estão directamente representados, ao nível da União, no Parlamento Europeu. *Os Estados-Membros estão representados no Conselho Europeu pelo respectivo Chefe de Estado ou de Governo e no Conselho pelos respectivos Governos, eles próprios*

Dá conta o Tratado da União Europeia que o Conselho Europeu e o Conselho da União Europeia são instituições comunitárias compostas por autoridades diretamente relacionadas com os Estados-membros:

TUE

Artigo 15.º

1. O Conselho Europeu dá à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e define as orientações e prioridades políticas gerais da União. O Conselho Europeu não exerce função legislativa.
2. O Conselho Europeu é composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, bem como pelo seu Presidente e pelo Presidente da Comissão. O Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança participa nos seus trabalhos.

[...]

TUE

Artigo 16.º

1. O Conselho exerce, juntamente com o Parlamento Europeu, a função legislativa e a função orçamental. O Conselho exerce funções de definição das políticas e de coordenação em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados.
2. O Conselho é composto por um representante de cada Estado-Membro ao nível ministerial, com poderes para vincular o Governo do respectivo Estado-Membro e exercer o direito de voto.

[...]

Destarte, duas instituições comunitárias com relevante destaque na integração europeia são compostas exclusivamente pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros (Conselho Europeu) ou por representantes de nível ministerial (Conselho da União Europeia)³⁹².

Neste caso o diálogo institucional é caracterizado pela “*teoria constitucional do duplo chapéu*” (*constitutional two hat theory*) a que CLAES faz referência:

"Under this 'constitutional two hat theory', national representatives do not remove their constitutional hat when entering the European negotiating room. Even when acting as European agents, they remain bound by the national Constitution"³⁹³.

A “teoria constitucional do duplo chapéu” tem a virtude de reconhecer que os integrantes do Conselho Europeu e do Conselho ao exercerem suas funções perante estas instituições não podem nem devem olvidar-se de suas funções no Estado-membro e muito menos das limitações constitucionais a que está vinculado.

Ao mesmo tempo em que exercem funções em instituições comunitárias, continuam vinculados e submetidos às disposições constitucionais do Estado-membro a que pertencem, o que contribui para o influxo e a influência de elementos nacionais na União Europeia (diálogo institucional).

Ainda no que diz respeito à composição das instituições comunitárias, mas não sob a perspectiva da teoria do duplo chapéu; pode-se fazer referência à forma de escolha dos juizes do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e dos advogados-gerais que atuarão naquela Corte.

³⁹² ALONSO GARCIA destaca a participação direta dos Estados-membros no processo de produção normativa da União Europeia mediante intervenção concreta nessas instituições comunitárias: GARCIA, Ricardo Alonso. **Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 53.

³⁹³ CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15**. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 32.

Nos termos do TFUE (art. 253 e 255), os juízes e os advogados-gerais são nomeados em comum acordo pelos próprios Estados-membros, após parecer de comitê composto por sete personalidades (dentre elas membros dos tribunais supremos nacionais) especificamente criado para apreciar a adequação dos candidatos ao exercício das funções de juiz ou de advogado-geral³⁹⁴.

Outra manifestação de diálogo institucional no âmbito da União Europeia ocorre no Sistema Europeu de Bancos Centrais ('SEBC'), que tem por "*objetivo primordial a manutenção da estabilidade dos preços*" (artigo 127º do TFUE).

O 'SEBC', como prescrevem os artigos 282 e 283 do TFUE³⁹⁵, é constituído pelo Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais os quais conduzem **conjuntamente** a política monetária da zona do Euro.

Ainda citando exemplos de diálogo institucional, pode-se mencionar que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a integração europeia – nos termos dos considerandos do Tratado - buscou reforçar seu caráter democrático e os processos de criação da União "*cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade*".

³⁹⁴ Artigo 253.º Os juízes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça, escolhidos de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições exigidas, nos respectivos países, para o exercício das mais altas funções jurisdicionais ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência são nomeados de comum acordo, por seis anos, pelos Governos dos Estados-Membros, após consulta ao comité previsto no artigo 255.º.

[...]

Artigo 255.º É criado um comité a fim de dar parecer sobre a adequação dos candidatos ao exercício das funções de juiz ou de advogado-geral do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, antes de os Governos dos Estados-Membros procederem às nomeações em conformidade com os artigos 253.º e 254.º.

O comité é composto por sete personalidades, escolhidas de entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, membros dos tribunais supremos nacionais e juristas de reconhecida competência, um dos quais será proposto pelo Parlamento Europeu. O Conselho adopta uma decisão que estabeleça as regras de funcionamento desse comité, bem como uma decisão que designe os respectivos membros. O Conselho delibera por iniciativa do Presidente do Tribunal de Justiça.

³⁹⁵ "Artigo 282.º 1. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais constituem o Sistema Europeu de Bancos Centrais (adiante designado "SEBC"). O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro, que constituem o Eurosistema, conduzem a política monetária da União.

[...]

Artigo 283.º 1. O Conselho do Banco Central Europeu é composto pelos membros da Comissão Executiva do Banco Central Europeu e pelos governadores dos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro".

Em razão desse sentimento de integração em que se busca elevar os índices democráticos dos processos decisórios da União e, concomitantemente, na medida do possível, trazer tais decisões para um nível mais próximo dos cidadãos, em virtude do princípio da subsidiariedade; é que aos Parlamentos Nacionais foi concedida participação expressa e relevante no contexto do processo decisório da União Europeia, **em explícita instituição de diálogo institucional no âmbito decisório.**

O artigo 5º, parte final do item 3 do TUE indica expressamente a função a ser exercida pelos Parlamentos nacionais no sentido de velar “*pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo*”. Em complementação, o artigo 69.º do TFUE esclarece que “[...] os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade, em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

Por sua vez, de forma ainda mais precisa, o artigo 12º do TUE discrimina qual seria a atuação dos Parlamentos Nacionais no âmbito da integração europeia, demonstrando que a participação do poder legislativo dos Estados-membros no curso dos processos decisórios não se limita ao controle da subsidiariedade:

TUE

Artigo 12.º

Os Parlamentos nacionais contribuem activamente para o bom funcionamento da União:

- a) Sendo informados pelas instituições da União e notificados dos projectos de actos legislativos da União, de acordo com o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia;
- b) Garantindo o respeito pelo princípio da subsidiariedade, de acordo com os procedimentos

Importante acrescentar que o ‘SEBC’ é disciplinado pelo Protocolo nº 4, relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

previstos no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade;

- c) Participando, no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça, nos mecanismos de avaliação da execução das políticas da União dentro desse mesmo espaço, nos termos do artigo 70.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e sendo associados ao controlo político da Europol e à avaliação das actividades da Eurojust, nos termos dos artigos 88.º e 85.º do referido Tratado;
- d) Participando nos processos de revisão dos Tratados, nos termos do artigo 48.º do presente Tratado;
- e) Sendo informados dos pedidos de adesão à União, nos termos do artigo 49.º do presente Tratado;
- f) Participando na cooperação interparlamentar entre os Parlamentos nacionais e com o Parlamento Europeu, nos termos do Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia.

Mesmo atuando em diversas situações na formação do direito comunitário europeu, é possível destacar dentre elas a atribuição dos Parlamentos Nacionais de controlar o princípio da subsidiariedade na criação e aplicação do direito comunitário pela União Europeia, por meio de suas instituições.

E para exercerem essa função, o Tratado de Lisboa trouxe o Protocolo nº 1, relativo ao papel dos Parlamentos Nacionais na União Europeia, que, em resumo, disciplina a *“participação dos Parlamentos nacionais nas actividades da União Europeia e reforçar a sua capacidade de exprimirem as suas opiniões sobre os projectos de actos legislativos da União Europeia e sobre outras questões que para eles possam revestir especial interesse”*³⁹⁶.

³⁹⁶ Considerandos do Protocolo nº 1.

Como se vê, o aprofundamento da integração europeia passou a adotar de forma mais intensa e consistente a técnica do diálogo institucional³⁹⁷ de maneira que as decisões tomadas no âmbito da União Europeia elevem seu grau de legitimidade em razão da participação de instituições nacionais - no caso, os Parlamentos Nacionais – nos processos decisórios, consagrando-se, portanto, a ampliação da atuação e responsabilidade das instituições nacionais para com a eficácia da integração europeia e a efetividade do direito comunitário.

Na esteira deste raciocínio, **pode-se ainda encontrar elementos de diálogo institucional entre instituições jurisdicionais comunitárias e nacionais, por meio de específico mecanismo processual denominado reenvio prejudicial**, que representa "*[...] uma fórmula de cooperação entre os órgãos nacionais e o Tribunal de forma a garantir uma aplicação uniforme do direito comunitário*"³⁹⁸ mediante decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições, sempre e quando for solicitado pelos órgãos jurisdicionais nacionais (artigo 19, item 3, 'b' do TUE e artigo 267º do TFUE)³⁹⁹.

Considerando que este mecanismo processual não é objeto direto do presente trabalho, importa extrair desta breve referência ao reenvio prejudicial que ele representa, no campo jurisdicional, espécie de **diálogo institucional expresso**

³⁹⁷ Em diversos outros dispositivos o TFUE convoca a participação dos Parlamentos Nacionais nos processos decisórios da União Europeia: artigos 70, 71, 81, 85, 88 e 352. Observando esse fenômeno, HÄBERLE faz alusão à conversão do Estado nacional em "Estado cooperativo constitucional". HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, N° 79, 1993, p. 12.

³⁹⁸ BERGERÈS, Maurice-Christian, **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 6.

³⁹⁹ TUE – artigo 19º, item 3, 'b': "[...] 3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: [...] b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições". TFUE – artigo 267º O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

entre instituições nacionais e comunitárias, o qual é materializado por meio de procedimento especialmente formatado dentro desta concepção⁴⁰⁰.

O reenvio prejudicial assume essência parecida com àquela designada às diretivas comunitárias (espécies legislativas), **haja vista que tem em sua estrutura procedimental a exigência de interação (diálogo) entre instituições comunitárias e nacionais, no caso, jurisdicionais**, as quais, no que diz respeito especificamente ao reenvio, deverão participar da formação de decisão judicial envolvendo norma jurídica comunitária, seja para interpretá-la, seja para apreciar sua validade.

Neste caso, o mecanismo processual do reenvio prejudicial, ademais de constituir exemplo de diálogo institucional entre instituições judiciais comunitárias e nacionais, insere-se em contexto relacional muito mais amplo e complexo haja vista as relações entre instituições jurisdicionais no âmbito da União Européia são impregnadas e regidas pelo princípio da cooperação jurisdicional.

A normatividade deste princípio na União Européia exige uma verdadeira e simbiótica interação entre as instituições jurisdicionais comunitárias e nacionais, o que é representado e potencializado pela atribuição aos Tribunais nacionais do dever de aplicar e de assegurar a efetividade do direito comunitário no território em que exercem jurisdição, atuando assim como legítimos Tribunais comunitários⁴⁰¹.

Observe-se, a despeito do princípio da cooperação jurisdicional necessário inclusive em razão da forte e singular interação e interdependência entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais; que no contexto dos procedimentos do contencioso comunitário, apenas o reenvio prejudicial teve sua estruturação procedimental concebida com base na técnica do diálogo institucional.

⁴⁰⁰ LAGRANGE, Maurice. **The Court of Justice as a Factor in European Integration**. In: The American Journal of Comparative Law, V. 15, 1966, p. 724.

⁴⁰¹ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 287 e CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário**, Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002, p.

Essa limitação da utilização da técnica do diálogo institucional no reenvio prejudicial não pode significar uma restrição absoluta da técnica em outros mecanismos processuais, sobretudo, o que restará demonstrado, na ação por incumprimento.

Diante disso, essa forte relação entre a jurisdição comunitária e as jurisdições nacionais merece ser mais bem explorada, visto que oferecerá, juntamente com o material teórico até aqui apresentado, subsídios complementares à confirmação da necessidade de diálogo institucional exposto no procedimento da ação por incumprimento.

5.5. Relevância do diálogo cooperativo entre o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) e as Jurisdições Nacionais

De partida deve-se deixar claro que o diálogo e a interação desenvolvida entre as instituições jurisdicionais comunitárias e dos Estados-membros opera-se tendo como parâmetro teórico a concepção até então apresentada para esclarecer a interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais, qual seja, a técnica do diálogo institucional cooperativo fortemente presente nas atividades da União Européia.

Destarte, a interação entre as instituições jurisdicionais comunitárias e nacionais rege-se preponderantemente pelo método da cooperação⁴⁰², base em que se sustenta o diálogo a ser estabelecido entre o TJUE e as Jurisdições nacionais.

105. O conceito de juiz comunitário de direito comum já fora esclarecido em capítulo anterior, em que se apresentava o elemento orgânico do contencioso comunitário.

⁴⁰² BERGERÈS, Maurice-Christian., **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 11; QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 287; ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 31; LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 3 e 17.

O direito comunitário e, por consequência, o sistema judicial comunitário determinam e exigem a relação cooperativa entre instituições comunitárias e nacionais porque é assim que se movem as engrenagens daquela ordem jurídica, e é assim que foi estruturada conceitual e normativamente a relação entre aquelas instituições.

É justamente neste sentido que PERNICE defende que todas as instituições sejam comunitárias ou nacionais, inclusive as jurisdicionais, são integral e conjuntamente responsáveis pelo processo de construção do constitucionalismo europeu, formado pelo constitucionalismo comunitário e nacional:

"[...] although formally separate and belonging to the different levels of government, the institutions of the Community and those of the Member States are closely interlinked, dependent on and related to each other. Not only do the national administrations and jurisdictions, when applying Community law, act as Community institutions, but they participate in and are, in fact, constituent elements of the legislative and constitution-making process of the Community"⁴⁰³.

E nessa perspectiva, no âmbito da integração europeia, não há ambiente em que o intercâmbio e a interação entre os diversos sistemas jurídicos envolvidos ocorram de modo mais concentrado e perceptível que no contexto do contencioso comunitário⁴⁰⁴.

É com a jurisdicionalização das controvérsias da integração e seu correspondente tratamento processual que a interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais é propositalmente reduzida a uma unidade de discussão em que seja possível a cognição jurisdicional e a prolação de decisão resolutiva da crise jurídica.

⁴⁰³ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?** In: *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 710.

⁴⁰⁴ BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997, p. 11.

Por essa razão, não só pela concentração de eventuais controvérsias decorrentes da interação entre ordens jurídicas, mas sobretudo pela possibilidade de pacificação e resolução definitiva de crises jurídicas; é que a efetividade da atuação do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) depende rigorosamente das técnicas processuais por ele empregados.

A esse respeito, apresenta-se crucial compreender a importância do diálogo institucional cooperativo a ser realizado entre o TJUE e as jurisdições nacionais, cuja implementação assume ou assumirá a forma de técnica processual específica a ser utilizada no contencioso comunitário europeu.

De fato, como já esclarecido a respeito do reenvio prejudicial, o diálogo institucional entre o TJUE e as jurisdições nacionais dos Estados-membros é absolutamente presente e profícuo no âmbito jurisdicional da União Européia.

O que se pretende demonstrar é que o diálogo institucional cooperativo não é nem deve ficar restrito ao mecanismo processual do reenvio prejudicial. Isso porque esta via processual apenas representa a manifestação processual mais palpável e evidente da existência do princípio da cooperação entre o TJUE e as jurisdições nacionais, e, por consequência, da necessidade de manutenção de diálogo institucional constante entre aquelas instituições⁴⁰⁵.

Já se referiu anteriormente que o método do diálogo institucional é o mais adequado no contexto da União Européia tendo em conta as peculiaridades relacionadas à interação entre as ordens jurídicas envolvidas na integração, bem como a formatação estrutural da União que exige continuamente a interação entre instituições comunitárias e dos Estados-membros.

⁴⁰⁵ KOMÁREK, Jan. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities**. In: Institute for European Law at Stockholm University, No. 54, 2006, p. 31. MARTINICO, por sua vez, é explícito ao afirmar que o reenvio prejudicial representa apenas uma parte – mesmo sendo a mais visível – do fenômeno do diálogo judicial cooperativo; de modo que o cogitado diálogo não pode se limitar às cooperações entre órgãos jurisdicionais desenvolvidas por intermédio do mecanismo do reenvio.. MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 17-18.

Por essa razão, mais uma vez, justifica-se tal dinâmica interacional haja vista que *"this kind of judicial cooperation sits well with the pluralist approaches that have recently gained popularity in explaining the relationship between the Community and national legal orders"*⁴⁰⁶.

Essa abordagem permite a constatação de que a interação entre as Cortes dos variados níveis representados pela integração é substancialmente peculiar, a começar pelo posicionamento daquelas Cortes no ambiente de interação.

Quer-se dizer que inexistente propriamente uma relação de hierarquia entre o TJUE e as Jurisdições nacionais, sendo mais adequado visualizar-se uma relação jurisdicional em posição horizontal – a exemplo da relação entre as ordens jurídicas - distinguindo sua atuação apenas com base na competência⁴⁰⁷.

A ausência de subordinação normativa na concepção da relação entre as Cortes comunitária e nacionais associada à necessária convivência e interação entre as ordens jurídicas envolvidas na integração europeia dá origem a cenário jurídico em que a interação jurisdicional é fundamentalmente sensível exigindo consistente e eficiente comunicação entre os órgãos jurisdicionais envolvidos na interpretação e aplicação daquelas ordens jurídicas.

O diferencial desta comunicação está no fato de que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) não assume a função de órgão de apelação, situação em que teria a competência - como instância revisora direta - para reapreciar

⁴⁰⁶ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 30.

⁴⁰⁷ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 31; CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice.** In: International Journal of Legal Information, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 236; e LAGRANGE, Maurice. **The Court of Justice as a Factor in European Integration.** In: The American Journal of Comparative Law, V. 15, 1966, p. 725. Precisamente sobre a distinção fundada na competência; AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade.** In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 194; e CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice.** In: International Journal of Legal Information, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 236.

as decisões proferidas pelos juízes nacionais⁴⁰⁸, deixando, por consequência, de ter contato com as ponderações e as interpretações conferidas pelos demais juízes a respeito de determinada norma ou do ordenamento jurídico como um todo⁴⁰⁹.

Inexistindo, portanto, hierarquia ou competência revisional pelo TJUE a interação entre aquele Tribunal e Cortes dos Estados-membros deve se estabelecer em bases diferenciadas⁴¹⁰, que reflitam harmonicamente a dinâmica horizontal de interação.

Nessa perspectiva, a interação entre as Cortes que aplicam o direito comunitário prima pelo **diálogo judicial cooperativo**, que busca uma construção comum da ordem jurídica comunitária em legítima harmonia com os direitos nacionais, assegurando a profícua participação das estruturas jurisdicionais dos Estados-membros na construção da ordem constitucional comum européia.

Por essa razão, **o diálogo judicial representa a forma mais simples e adequada para viabilizar a convivência do pluralismo representado pelo constitucionalismo multinível**⁴¹¹.

Parece não haver dúvidas de que é por meio do diálogo constante entre os tribunais europeus e os tribunais nacionais que será possível a construção e o desenvolvimento cooperativo, conjunto e legítimo do direito constitucional europeu⁴¹².

⁴⁰⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: Revista de Processo, v. 149, 2007, p. 176-177.

⁴⁰⁹ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 26.

⁴¹⁰ "O facto de o sistema judiciário comunitário englobar os tribunais estaduais aproxima-o muito, desde logo por aí, dos sistemas judiciários dos Estados federais, embora o Direito Comunitário até hoje não tenha levado esse movimento até às últimas consequências, por exemplo, não tenha definido segundo o método federal nem a relação entre os tribunais comunitários e os tribunais estaduais (que, no essencial, é uma relação de cooperação judiciária e não uma relação de hierarquia federal), nem a relação entre o Direito Comunitário e o Direito estadual". QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 287.

⁴¹¹ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 8, 24 e 25.

Nesta ótica CARTABIA faz alerta sobre a relevância que pode assumir a participação dos Tribunais nacionais na construção da ordem jurídica comunitária e do direito constitucional europeu:

"[...], the rights talk in the European Union system is becoming more and more relevant and the participation of the national constitutional courts more urgent. Both the national constitutional systems and the European constitutional systems could pay too high a price if their courts shut themselves out of the European constitutional dialogue, the former being deprived of the possibility to express themselves in the European arena, and the latter losing one or more of their contributions"⁴¹³.

Essa postura jurisdicional construtiva por parte das Cortes envolvidas na integração europeia mediante o estabelecimento de diálogo jurisdicional constante e produtivo é também conhecida por **constitucionalismo cooperativo**⁴¹⁴.

Nesse contexto, o TJUE e as cortes nacionais dos Estados-membros engajam-se permanentemente num relacionamento e diálogo cooperativo para a resolução de questões decorrentes da relação entre o direito comunitário e a ordem jurídica nacional⁴¹⁵.

O diálogo cooperativo exige que o TJUE - como uma legítima Corte Constitucional⁴¹⁶ - passe a zelar de forma contundente por um balanceado

⁴¹² KOTZUR, Markus; MICHAEL, Lothar. **La construcción del derecho constitucional europeo**. In: Revista de derecho constitucional europeo, n.º. 12, 2009, p. 349.

⁴¹³ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 25.

⁴¹⁴ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 27.

⁴¹⁵ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 27.

⁴¹⁶ BIAVATI, Paolo. **La funzione unificatrice della Corte di giustizia delle Comunità europee**. In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, 1995, p. 274; GARCIA, Ricardo Alonso. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008, p. 22; CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las**

equilíbrio de competências entre a União e os Estados-membros⁴¹⁷, pelo correto exercício dos poderes no âmbito da integração por parte das instituições comunitárias, dos Estados-membros e pelos próprios cidadãos; e, ainda, pela defesa dos direitos fundamentais⁴¹⁸.

À luz do diálogo jurisdicional cooperativo, os Tribunais nacionais poderiam contribuir decisivamente para o controle daqueles elementos citados, e em muitos outros aspectos da ordem jurídica comunitária, sobretudo no que diz respeito aos seus pontos de contato com o direito interno dos Estados-membros.

Sendo assim, a efetiva operação do diálogo cooperativo faz com que o caminho do diálogo deixe de ser uni-direcional partindo exclusivamente de contribuições do TJUE para a atuação jurisdicional dos Tribunais nacionais (*como ocorre por regra no reenvio prejudicial*); passando a ser preponderantemente - o que parece ser imprescindível para a efetividade da integração europeia – **bi-direcional** de modo que as Cortes Constitucionais ou os Tribunais Superiores dos Estados-membros também possam contribuir para a atuação jurisdicional do TJUE, **atuação esta que necessariamente afeta a ordem constitucional dos Estados-membros.**

Todos os níveis jurisdicionais da integração europeia passam a dialogar cooperativamente para o fim de construírem conjuntamente a interpretação e aplicação da norma jurídica comunitária, levando em consideração por regra as

Comunidades Europeas. Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966, p. 90; BERGERÈS, Maurice-Christian. *Contencioso comunitário*. Porto: Resjuridica, 1997, p. 39; QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 288-289; HOFFMEISTER, Frank. **The Constitutional Functions of the European Court of Justice**. In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 143-144; e BEBR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962, p. 149. Em sentido próximo: BELLOSO MARTIN, Nuria. **Comunidades Europeas, Union Europea y justicia comunitária**. In: *Revista de informação legislativa*, v.34, n.133, jan./mar, 1997, p. 276.

⁴¹⁷ LA PERGOLA, Antonio. **L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista**. In: *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, v. 47, n. 1, março, 1993, p. 24.

⁴¹⁸ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2007, p. 64.

tradições constitucionais e contribuições dos Tribunais nacionais no que diz respeito à interpretação do constitucionalismo dos Estados-membros⁴¹⁹.

DIEZ enxerga o diálogo como solução/técnica processual compatível com o sistema jurisdicional comunitário e que poderia conferir:

"[...] un mayor grado de interpenetración entre los sistemas jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, que pasaría así a compartir con los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros una función que, en principio, les es propia"⁴²⁰.

Na linha do que foi dito, SKOURIS afirma que o **diálogo jurisdicional cooperativo bi-direcional** contribui decisivamente para a qualidade das decisões judiciais proferidas no âmbito da integração europeia⁴²¹.

É a partir dessa perspectiva que MARTINICO enxerga indícios nas manifestações da Corte Europeia de que ela, em alguma medida, teria consciência da relevância do influxo de elementos constitucionais dos Estados-membros no contexto da aplicação e interpretação do direito comunitário.

Neste sentido:

"The ECJ started to pay attention to the national constitutional structures quoting the constitutional materials of the national judges or finding in national (and not in common) constitutional traditions the exception to

⁴¹⁹ HÄBERLE, Peter. ¿Existe un espacio público europeo? In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 2, Nº 3, 1998, p. 120.

⁴²⁰ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 864.

⁴²¹ SKOURIS, Vassilios. Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts. In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 22.

the application of obligations due to belonging to the EC”⁴²².

Arremata MARTINICO asseverando expressamente que “*there is a new intriguing frontier for the judicial dialogue, represented by the beginning of a cooperative era between the ECJ and some constitutional courts*”⁴²³.

Depreende-se da abordagem até aqui feita a respeito do diálogo entre distintos sistemas jurisdicionais no âmbito da integração europeia, que, de fato, a existência do diálogo entre o TJUE e os Tribunais nacionais manifesta-se preponderantemente no bojo do reenvio prejudicial, muito embora parte relevante da doutrina europeia – já apresentada - expresse entendimento consolidado no sentido de que **o grau de interação jurisdicional deve ser ampliado**.

É preciso asseverar que a interação entre o TJUE e as jurisdições nacionais dos Estados-membros deve levar em conta sobretudo **a especial função exercida pelos Tribunais nacionais no contexto da integração europeia**.

Além de constitucionalmente competentes para interpretar e aplicar o direito interno do Estado-membro em que exercem jurisdição, aos Tribunais dos Estados-membros foi também atribuída a responsabilidade de interpretar e aplicar o direito comunitário em todas as demandas que perante eles forem ajuizadas⁴²⁴.

⁴²² MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 17-18.

⁴²³ MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 17-18. Em sentido próximo, mas referindo-se à possibilidade de se reduzir a tensão entre o TJUE e as Cortes Constitucionais por intermédio do diálogo entre estas instâncias jurisdicionais: KOTZUR, Markus; MÉNDEZ, Cristina Elías (trad.). **Los derechos fundamentales en europa**. In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 77. Ainda a respeito da necessidade de diálogo entre o TJUE e as jurisdições nacionais: KOMÁREK, Jan. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities**. In: Institute for European Law at Stockholm University, No. 54, 2006, p. 6.

⁴²⁴ “*O realizador e o garante da eficácia interna do Direito comunitário é o juiz nacional [...]*”. GOMES, José Luiz Caramelo. **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia**. Lisboa: Almedina, 2006, p. 65.

É a jurisdição nacional dos Estados-membros que rotineira e diariamente assume o encargo de conferir aplicabilidade à ordem jurídica comunitária, impondo o respeito ao direito comunitário nos casos concretos submetidos pelos particulares a sua apreciação jurisdicional⁴²⁵.

Por essa simples razão, negar-se a característica fundamental da participação das jurisdições nacionais na efetividade do direito comunitário seria o equivalente a negar a própria existência da ordem jurídica comunitária, sendo certo que sem a atuação diária da jurisdição dos Estados-membros pouquíssimos avanços teria alcançado a integração europeia.

Sendo assim para a eficaz concertação e uniformidade na atuação dos Tribunais dos Estados-membros, os Tratados conceberam - como já esclarecido - a via processual do reenvio prejudicial no qual se institui formal e expressamente um diálogo entre os juízes nacionais e o TJUE, de maneira que este responde em cada processo os questionamentos a respeito da validade e da interpretação do direito comunitário formulados pelas jurisdições nacionais⁴²⁶.

Esse especial mecanismo processual foi concebido pelo contencioso comunitário europeu para viabilizar a comunicação entre o TJUE e os Tribunais nacionais, sempre e quando estiverem sob a apreciação jurisdicional destes últimos relação jurídica material cujo direito subjetivo pleiteado decorre do direito comunitário.

Ocorre que o sucesso do reenvio prejudicial depende imensamente da própria vontade dos juízes nacionais em suscitar o incidente processual buscando a cooperação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) para solucionar a demanda sob apreciação⁴²⁷.

⁴²⁵ KUMM, Mattias. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty**. In: *European Law Journal*, V. 11, Issue 3, 2005, p. 302-303.

⁴²⁶ LAGRANGE, Maurice. **The Court of Justice as a Factor in European Integration**. In: *The American Journal of Comparative Law*, V. 15, 1966, p. 725.

O manejo do reenvio prejudicial depende exclusivamente da confiança nutrida pelos juízes nacionais no Tribunal europeu; sendo possível e real que aqueles juízes deixem de suscitar o reenvio em franca contradição ao princípio da cooperação jurisdicional que rege a relação entre as Cortes envolvidas na integração europeia⁴²⁸.

Essa sensível e delicada relação entre tribunais deve ser considerada na atuação do TJUE que deverá manter, preservar e estimular o diálogo privilegiado entre a Corte europeia e os juízes dos Estados-membros⁴²⁹.

Como visto, o aprofundamento do diálogo deve ter por foco o estabelecimento de uma comunicação bi-direcional entre as diversas instâncias jurisdicionais consistente não só na participação do TJUE no exercício jurisdicional pelos Tribunais Nacionais mediante o reenvio prejudicial, mas também, e sobretudo, **na franca, aberta e constante participação dos Tribunais Nacionais no exercício jurisdicional pelo TJUE.**

Não há dúvidas na doutrina de que essa interação bi-direcional precisa ser aprofundada. Neste sentido, CARTABIA salienta que um **esforço mútuo deve ser feito por todas as instâncias jurisdicionais para promover o diálogo verdadeiramente bi-direcional:**

“A step needs to be taken from both sides to favour an encounter among the actors of the European constitutional

⁴²⁷ SKOURIS, Vassilios. **Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts.** In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective.* Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 28.

⁴²⁸ Espera-se sempre uma atitude cooperativa dos juízes nacionais para com o TJUE mediante a utilização intensa do reenvio prejudicial, não sendo, contudo, incomum as hipóteses em que os Tribunais nacionais, sobretudo as Cortes Constitucionais se recusam em promover o diálogo direto com o TJUE. Neste sentido: CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously.** In: *European Constitutional Law Review*, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 24 e 25. Por outro lado, não se deve esquecer que a omissão do Poder Judiciário em não suscitar o reenvio prejudicial representa modalidade de incumprimento por omissão, podendo ser atacado pela ação por incumprimento. Sobre o tema: LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais.** In: *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 4, 2009, p. 257-285.

⁴²⁹ SKOURIS, Vassilios. **Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts.** In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective.* Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 28; e SCHILLING,

drama: the national Constitutional Courts should abandon their reticence to address directly the European Court; the latter, for its part, should do its best to encourage the judicial dialogue, which would in the first place be in its own interest"⁴³⁰.

A interação entre as instâncias jurisdicionais envolvidas na integração europeia deve ser rigorosamente aprofundada a fim de se viabilizar uma aplicação harmônica do direito comunitário sem que tal operação se dê ao custo da violação de princípios constitucionais fundamentais presentes nas Constituições dos Estados-membros, como também, por sua vez, da violação do próprio princípio do primado do direito da União Europeia, que assegura sua real efetividade no território dos Estados-membros⁴³¹.

Por essa razão, **um dos objetivos do diálogo cooperativo seria a prevenção de conflitos e choques entre ordens jurídicas determinadas pela atuação desconexa, isolada e não interacional das Cortes responsáveis de forma preponderante⁴³² pela interpretação de cada uma daquelas ordens⁴³³.**

Theodor. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm.** In: European Law Journal, V. 12, Issue 2, 2006, p. 184.

⁴³⁰ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously.** In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 7-8.

⁴³¹ Neste sentido mas com enfoque no princípio do primado: "[...] na versão que lhe é dada pelo Tratado de Lisboa, o princípio do primado é encarado numa perspectiva dinâmica que admite limites constitucionais nacionais decorrentes, seja, em termos gerais, das identidades dos Estados-Membros, seja, em termos específicos, do nível de protecção dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, pressupõe o aprofundamento do diálogo muito em especial entre o TJ e os tribunais constitucionais dos Estados-Membros, por forma a excluir situações de violação não só de princípios constitucionais fundamentais mas também do próprio princípio do primado do direito da UE". AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade.** In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 216-217.

⁴³² Fala-se em preponderante porque a imbricação normativa em rede (fertilização cruzada) evidenciada da relação entre o direito comunitário e as ordens jurídicas nacionais põe em questionamento a separação estanque da atuação dos órgãos jurisdicionais ordinarariamente constituídos para interpretar e aplicar soberanamente aqueles sistemas jurídicos. Devem eles considerar necessariamente a mútua influência normativa na interpretação e aplicação daquelas normas jurídicas. Por essa razão, o constitucionalismo multinível tem natureza cooperativa, que se manifesta no âmbito jurisdicional mediante a interação entre as cortes relacionadas aos diferentes níveis. Neste sentido: ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 65.

Nota-se então que para se evitar o conflito entre ordens jurídicas "[...] *the very nature of Europe itself, requires a lively participation of all the plurality of voices, traditions and historical experiences which altogether are part and parcel of the European identity*"⁴³⁴.

Como foi demonstrado anteriormente, toda a construção da integração europeia foi pautada na existência de um diálogo institucional entre os diferentes níveis do constitucionalismo europeu, o que é visto como clara manifestação do diálogo, do exercício do princípio democrático no âmbito da União Europeia e, principalmente, de benéfica descentralização do campo decisório da integração⁴³⁵.

No campo jurisdicional, contudo, a interação entre o TJUE e as Cortes constitucionais ou superiores dos Estados-membros ficou restrita – do ponto de vista institucional/procedimental – à figura do mecanismo processual do reenvio prejudicial.

A construção procedimental do reenvio prejudicial faz com que a interpretação do direito comunitário seja integralmente realizada pelo TJUE, limitando a participação dos juízes nacionais à **formulação da pergunta representativa da dúvida hermenêutica surgida na aplicação do direito comunitário, ou seja, na delimitação da atividade interpretativa da Corte Europeia**.

À exceção do reenvio prejudicial, não se verifica em nenhum outro mecanismo processual – sobretudo na ação por incumprimento - a institucionalização procedimental da técnica processual do diálogo cooperativo, o que, na prática, priva os Estados-membros por meio de seus órgãos jurisdicionais de participar ativamente na construção, interpretação e aplicação do direito comunitário com

⁴³³ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 31.

⁴³⁴ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 27.

⁴³⁵ TRIDIMAS, Takis. **The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?** In: TRIDIMAS, Takis; NEBBIA, P. (Editors), EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal Order, Volume 1, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 141.

o benefício de fazê-lo em harmonia com o constitucionalismo do Estado-membro⁴³⁶.

Na visão de CARTABIA, ausente a institucionalização procedimental da técnica do diálogo cooperativo:

"[...] the constitutional courts are condemned to accept a cultural homogenisation established by the strongest voices, or to fight a sterile battle of defence, entrenched behind national sovereignty. The remedy is not isolation in sovereignty, but participation"⁴³⁷.

Parece evidente que uma maior participação dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros no processo decisório do TJUE contribuiria decisivamente para o fortalecimento da legitimidade democrática da União Europeia e sua ordem jurídica⁴³⁸.

Para CARTABIA, *"[...] the European Court of Justice would gain greater authority if it had the opportunity to benefit from the rich constitutional experience of the national constitutional courts"*⁴³⁹.

⁴³⁶ HALBERSTAM, Daniel. **Comparative Federalism and the Issue of Commandeering**. In: *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, 2001, p. 6. Em sentido próximo ao diálogo cooperativo, HÄBERLE afirma a existência de constante diálogo acadêmico-institucional entre os membros das Cortes: *"El espacio jurídico-público de europa es impulsado por el TEDH de Estrasburgo, el TJCE de Luxemburgo y también por los Tribunales Constitucionales nacionales que llevan a cabo una tarea, a veces solapada, de comparación jurídica y cuyos representantes realizan cada vez más frecuentes intercambios personales. De esta suerte, se producen encuentros periódicos de los jueces constitucionales europeos [...]"*. HÄBERLE, Peter. **¿Existe un espacio público europeo?** In: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 2, Nº 3, 1998, p. 126.

⁴³⁷ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: *European Constitutional Law Review*, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 27.

⁴³⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?**. In: *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 725; JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. **Possui a União Europeia uma autêntica constituição?: um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática**. In: *Revista de Informação Legislativa*, v.37, nº 147, jul./set., 2000, p. 153; e LA PERGOLA, Antonio. **L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista**. In: *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, v. 47, n. 1, março, 1993, p. 6-7.

⁴³⁹ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: *European Constitutional Law Review*, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 26.

Como já apontado, uma das características mais relevantes do sistema jurídico europeu é que os passos evolutivos mais decisivos no âmbito da integração europeia exigem necessariamente o **envolvimento cooperativo** das instituições comunitárias e dos Estados-membros⁴⁴⁰.

É neste sentido que a mútua confiança e a efetiva cooperação entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros constituem a base da sólida formação do constitucionalismo europeu⁴⁴¹.

Sem que se estabeleça um ambiente de interação cooperativa bi-direcional entre o sistema judiciário da integração europeia e os tribunais nacionais – diálogos constitucionais - torna-se muito delicada a preservação do equilíbrio entre a União, com forte tendência para impor a supremacia, e os Estados-membros, com compreensível esforço de manutenção da identidade nacional⁴⁴².

Diante da tensão entre o recrudescimento do princípio do primado e a preservação das identidades constitucionais; a técnica do diálogo entre o TJUE e as jurisdições nacionais apresenta-se como ferramenta⁴⁴³ apta a mediar e harmonizar as soluções jurídicas decorrentes do exercício de sua função jurisdicional pela Corte Europeia⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 29.

⁴⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 207.

⁴⁴² PIQANI, Darinka. **Supremacy of European Law revisited: New developments in the context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe**. In: VII World Congress of the International Association of Constitutional law, Athens, 11-15 June 2007, Disponível em: <http://www.enelsyn.gr/papers/w4/Paper%20by%20Darinka%20Piqani.pdf>. Acesso em: 22.11.2010.

⁴⁴³ Utilizando-se da expressão ‘ferramenta’ para referir-se à técnica do diálogo judicial cooperativo: POLLICINO, Oreste. **Against the Idea of 'Americanization' of European Judicature in the Context of the New Era of Judicial Globalization**. In: Panoptica, No. 8, 2007, p. 420.

⁴⁴⁴ PIÇARRA e AMARAL referem-se à técnica do diálogo judicial cooperativo como solução para os conflitos em matéria de competência na União Europeia e de direitos fundamentais: “[...] acentuar a necessidade do aumento do diálogo entre o TJ e os tribunais constitucionais nacionais especialmente sensíveis às questões de direitos fundamentais e de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, que se colocam a propósito dos actos jurídicos adoptados por aquela”. AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 209.

Vale ressaltar que não basta que o Tribunal de Justiça estimule e viabilize a participação das Cortes Constitucionais ou Superiores dos Estados-membros em seus processos decisórios de maneira a, por exemplo, levar ao conhecimento do Tribunal as peculiaridades constitucionais de cada Estado-membro.

É imprescindível, decerto, que o TJUE efetivamente leve em conta, considere, aprecie e fundamente a integração ou não daqueles elementos fornecidos pelas Cortes Constitucionais ou Superiores na solução jurídica definitivamente adotada pelo Tribunal comunitário⁴⁴⁵.

Não adotando o TJUE essa forma de conduta caracterizada pela agregação e apreciação de elementos constitucionais dos Estados-membros e o ponto de vista jurisdicional de suas Cortes constitucionais ou superiores; corre o Tribunal de Justiça o risco de tornar o diálogo judicial em um diálogo não real e ineficaz⁴⁴⁶.

Sob essa perspectiva, cabe citar a doutrina de KOMÁREK:

“Sometimes it seems that the “judicial dialogue” is not a real dialogue but only the Court giving orders to national courts (“protect effectiveness of Community law”) regardless of the possible difficulties they may have in carrying out such orders (“it is not for us to resolve the problem”)”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: *European Constitutional Law Review*, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 30. Em sentido próximo: HALBERSTAM, Daniel. **Comparative Federalism and the Issue of Commandeering**. In: *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, 2001, p. 6, nota 23; e SCHILLING, Theodor. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm**. In: *European Law Journal*, V. 12, Issue 2, 2006, p. 187. Por sua vez, POLLICINO enfatiza a importância da persuasão no discurso jurisdicional do TJUE: POLLICINO, Oreste. **Against the Idea of 'Americanization' of European Judicature in the Context of the New Era of Judicial Globalization**. In: *Panoptica*, No. 8, 2007, p. 420.

⁴⁴⁶ Na visão de ALONSO GARCIA, como exemplo de diálogo cooperativo, extrai-se a afirmação de que o TJUE também está obrigado a buscar leituras do direito comunitário compatíveis, na medida do possível, com as Constituições dos Estados-membros (caráter mútuo do princípio da cooperação leal): GARCIA, Ricardo Alonso. **Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario**. In: *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 2, 2005, p. 156.

⁴⁴⁷ KOMÁREK, Jan. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities**. In: *Institute for European Law at Stockholm University*, No. 54, 2006, p. 48.

É importante que o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) absorva e compreenda integralmente a profundidade e extensão de seus poderes jurisdicionais, os quais exigem - para maior legitimidade das decisões que afetem os Estados-membros – **uma postura mais aberta, cooperativa e dialógica em relação aos Tribunais nacionais.**

Não cabe ao Tribunal comunitário impor em suas decisões provimentos que se traduzam preponderantemente na imposição de ordens ou determinações aos Estados-membros.

Deve o TJUE levar em consideração quando da prolação de suas decisões não apenas o contexto do direito comunitário apreciado como sistema jurídico distinto porém interdependente do sistema jurídico dos Estados-membros; mas, sobretudo, os elementos específicos da ordem constitucional dos Estados-membros cuja interpretação é legitimamente trazida pelos Tribunais nacionais daqueles países.

Essa interação, na visão de KUMM, pode ser extremamente profícua à aplicação e efetividade do direito comunitário:

“[...] just as the Court of Justice may profit from the views of national courts when it decides how to interpret EU law, so national courts may profit from the Court of Justice’s views when it interprets national constitutional provisions in a context where the enforcement of EU law is at stake. Such a procedural device may effectively contribute more to the development of a fruitful vertical and horizontal dialogue between national courts and the Court of Justice, than dialogues in which there are no duties of mutual engagement of this kind”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ KUMM, Mattias. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty**. In: *European Law Journal*, V. 11, Issue 3, 2005, p. 303.

Nota-se que KUMM começa a dar enfoque à atividade interpretativa desenvolvida no âmbito do diálogo a ser estabelecido entre o TJUE e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros.

PIÇARRA e AMARAL reconhecem explicitamente a relevância e contribuição do diálogo para a atividade interpretativa desenvolvida pela Corte comunitária, ao mencionarem que o discurso constitucional na União Européia consiste “*num diálogo de muitos actores numa comunidade hermenêutico-constitucional plural [...]*”⁴⁴⁹.

Assume a atividade interpretativa desempenhada pelo TJUE posição crucial no contexto da interpretação e aplicação do direito comunitário, haja vista que esta ordem jurídica está intimamente conectada com os sistemas jurídicos nacionais.

Quer-se dizer que qualquer interpretação do direito comunitário tendente a assegurar sua plena aplicabilidade tem o condão de afetar mais ou menos os direitos nacionais dos Estados-membros, a depender do rigor interpretativo conferido pelo intérprete.

É diante deste contexto que a atividade jurisdicional do TJUE – como de todo e qualquer tribunal - apresenta-se extremamente impregnada das vicissitudes da atividade interpretativa⁴⁵⁰.

Neste sentido, CARTABIA dá especial ênfase à interpretação na atividade jurisdicional:

⁴⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Européia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 210.

⁴⁵⁰ “*Se não existe interpretação sem intérprete, se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho medidor do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos sujeitos da interpretação; se, ao fim e ao cabo, isso tudo for verdadeiro, então, o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica aponta para o imperativo de recuar o mais possível o momento subjetivo da decisão e reduzir ao mínimo aquele ‘resíduo incômodo’ de voluntarismo e de livre convencimento, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico*”. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35. De forma mais aprofundada: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 8. ed. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2007.

"Although the main purpose of the judicial review was at the origin and still is to decide on the validity of normative acts, nowadays the judicial activity is more and more focused on interpretation. [...] In all the legal systems the core of the judicial activity is shifting to interpretation, and judges are required to be well-equipped in *ars interpretandi* even more than in *ars decidendi*. At the national level it is sufficient to consider the importance attached to the so-called '*interpretazione conforme a Costituzione*' or '*verfassungskonforme Gesetzesauslegung*' in Italy and Germany as a way of solving all sorts of clashes among different legal acts"⁴⁵¹.

Confirmando então a relevância da atividade interpretativa desempenhada no exercício da função jurisdicional, CARTABIA arremata ao afirmar que não há dúvidas de que "[...] *hermeneutics is the fundamental tool of relationship between different levels of legislation and, by consequence, between different types of courts*"⁴⁵².

Ora, é de extrema impotência que outros atores institucionais além do TJUE, de feição jurisdicional, possam exercer plena e cooperativamente suas funções no constitucionalismo europeu.

A construção cooperativa da interpretação da norma jurídica determinada pela participação de mais de uma entidade jurisdicional revela que a solução jurídica construída pela interação entre as cortes envolvidas na integração é

⁴⁵¹ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 30.

⁴⁵² CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 30. Por sua vez, de maneira mais direta MARTINICO afirma que a manifestação mais importante da técnica do diálogo judicial cooperativo ocorre no exercício da atividade interpretativa pelos juízes nacionais. MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 17-18.

qualitativamente melhor daquela que seria construída isoladamente pelo Tribunal comunitário⁴⁵³.

Levando em conta a integral influência dos Tribunais nacionais no produto da atividade interpretativa realizada pelo TJUE, CARTABIA pondera por fim que:

"[...] is it difficult even to imagine a direct clash between a national Constitutional provision and a European one. On the other hand, it is not so difficult to imagine a conflict of interpretation of such provisions between different courts. That is to say that problems do not arise from the texts, generally speaking; more often they arise from the interpretation of the texts in judicial cases. That is why the European Court, especially when acting as a constitutional court or a court of fundamental rights, should seriously consider moving away from the old-style telegraphic judgments, although this style is endowed with important virtues: it not time-consuming for the judge who writes the decision of the Court and for the translators and, moreover, it can facilitate the compromise among different points of view, easily leading the Court towards its final decision"⁴⁵⁴.

Tudo isso acaba por refletir no modo com que o Tribunal de Justiça constrói suas próprias decisões. Modo este que não reflete a natureza dialógica e discursiva do constitucionalismo europeu.

Na visão de CARTABIA, o Tribunal de Justiça deveria empenhar-se em reformular seu estilo de decidir a fim de se adequar ao contexto ideológico da União Europeia, essencialmente interativo e dialógico, bem como inserir

⁴⁵³ Em sentido próximo: ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 42.

⁴⁵⁴ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 31.

largamente em sua atividade jurisdicional a técnica do diálogo cooperativo interjurisdicional:

“[...] the style of judicial decisions is outmoded, does not reflect the dialogical nature of European Constitutionalism, and is not a basis for confidence building European constitutional relations between the European Court and its national constitutional counterparts. The problem with the style of the European Court of Justice decisions is not only aesthetic in nature. After all, one of the specific characteristic of the European system is that the more relevant constitutional steps in the European development depended upon the co-operation of the European and national institutions. Trust and mutual confidence between the European Court and the national Courts are the bases of the whole European Constitution.

[...]

The first reason why the European Court of Justice should – as Joseph Weiler suggests – abandon its Cartesian style of judgments and move to a more discursive and conversational style, typical of the common law countries, is precisely to encourage the constitutional dialogue with the national supreme and constitutional courts. There is a second, and perhaps more relevant reason for such a move. This reason is a direct consequence of a recent, important and widespread evolution in constitutional judicial review. Although the main purpose of the judicial review was at the origin and still is to decide on the validity of normative acts, nowadays the judicial activity is more and more focused on interpretation”⁴⁵⁵.

É de se concluir portanto que a Corte Européia deve e deveria se empenhar em estimular o diálogo com as Cortes constitucionais e superiores, iniciando

⁴⁵⁵ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 29 e 30.

com a reformulação de suas decisões a fim de incluir estas Cortes dos Estados-membros como legítimos, verdadeiros e ativos juízes do sistema comunitário europeu⁴⁵⁶.

Como se nota, a abertura da atividade jurisdicional exercida pelo TJUE aos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros é absolutamente necessária além de compatibilizar-se integralmente com a estrutura jurídica edificada e representada pela União Européia.

O diálogo interjurisdicional tem por finalidade primordial dar voz às jurisdições nacionais dos Estados-membros no contexto jurisdicional da integração europeia cuja dinâmica essencial exige o diálogo institucional e cuja aplicação normativa pressupõe a interação entre ordens jurídicas de diferentes níveis (comunitário e nacional).

A participação mais ativa e determinante das Cortes constitucionais e superiores dos Estados-membros no contexto jurisdicional da União Européia, por óbvio, não pode se restringir ao mecanismo processual do reenvio prejudicial, muito embora represente ele a instrumentalização formal e expressa mais evidente do princípio da cooperação judicial e da técnica do diálogo interjurisdicional⁴⁵⁷.

O fato é que enquanto não se ampliam as hipóteses de participação formal e expressa das jurisdições nacionais na atividade jurisdicional do TJUE, e enquanto o Tribunal de Justiça não se empenha em buscar de maneira inequívoca e rotineira a interação das Cortes dos Estados-membros; colhe-se na jurisprudência das Cortes constitucionais e superiores dos Estados-membros inúmeras decisões paradigmáticas a respeito da integração, as quais,

⁴⁵⁶ Em sentido próximo: KOMÁREK, Jan. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities**. In: Institute for European Law at Stockholm University, No. 54, 2006, p. 41.

⁴⁵⁷ Até mesmo nesta via processual a doutrina enxerga uma possibilidade de se elevar o diálogo jurisdicional mediante uma participação mais efetiva dos tribunais nacionais: “*The Court of Justice could insist that national courts are required, for example, to make a reference to the Court of Justice explaining the issue as it arises under national constitutional law. In this way the Court of Justice would have an opportunity not just to examine how best to interpret the EU law provision in light of the possibility of constitutional conflict. The Court of Justice would also be able to contribute its views on the interpretation of the national constitutional principles at stake*”. KUMM, Mattias. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty**. In: European Law Journal, V. 11, Issue 3, 2005, p. 303.

de uma só vez, desafiam a autoridade e a própria jurisprudência do TJUE, ao mesmo tempo em que, com essa atitude jurisdicional desafiadora, ‘dialogam’ com o Tribunal europeu enviando-lhe “*mensagens*” acerca da visão dos órgãos jurisdicionais dos próprios Estados-membros a respeito da integração e da ordem jurídica comunitária.

É nesse contexto que se identifica um diálogo implícito e silencioso⁴⁵⁸ não formalizado ou procedimentalizado entre as Cortes constitucionais e superiores e o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE).

5.6. Diálogo implícito entre as Cortes constitucionais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE)

Impedidos de participar ativamente na construção jurisdicional do direito comunitário e obrigados a aceitar e conferir eficácia às teorias desenvolvidas pelo TJUE - tais como o princípio do primado e da aplicabilidade direta –; as Cortes constitucionais e superiores dos Estados-membros passaram, **por via transversa**, a utilizar as decisões proferidas por elas próprias para enviar “*mensagens*” e “*avisos*” ao Tribunal de Justiça europeu, demonstrando explicitamente sua própria interpretação a respeito do direito comunitário.

Por meio da profunda fundamentação elaborada no julgamento de casos paradigmáticos, as Cortes constitucionais instituíram **forma indireta, implícita e silenciosa de interagir com o TJUE**.

No julgamento de questões fundamentais para o desenvolvimento da integração europeia dentro de cada Estado-membro, as Cortes constitucionais valeram-se de sua competência de controle e tutela da ordem constitucional interna para definir explicita e minuciosamente os limites constitucionais da integração; estabelecendo e certo modo impondo claros requisitos para que o

⁴⁵⁸ HINAREJOS, Alicia. **The Lisbon Treaty Versus Standing Still: A View from the Third Pillar**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 105.

aprofundamento da integração não se dê em detrimento da ordem constitucional dos Estados-membros.

É neste sentido que ALBI analisa o fenómeno da interação implícita entre o TJUE e as jurisdições nacionais:

"The relationship between the European Court of Justice and national constitutional courts has come to be characterised as 'judicial dialogues' or 'co-operative constitutionalism', which has been based on a structured and ongoing 'conversation', co-operation and mutual trust. On the one hand, national constitutional courts have sent warnings to the Court of Justice about the need to respect fundamental rights and better to police the observance of the limits of European competence by the Union's institutions. In doing so, a great deal of self-restraint has been displayed; the courts have refrained from acting in a destructive manner, with no national court yet having declared a piece of Union secondary legislation invalid. On the other hand, the European Court of Justice has heeded these warnings: even though some national decisions have been criticised as nationalist or even hostile to Community law, such decisions have served as a catalyst for the development of the fundamental rights jurisprudence by the Court of Justice, by way of protecting human rights as part of the general principles of Community law"⁴⁵⁹.

É importante recordar que os recados presentes em decisões paradigmáticas foram enviados ao TJUE pelas jurisdições nacionais, mas não tinham, por certo, como destinatário exclusivo aquela Corte europeia, mas também as instituições comunitárias, e, porque não, as instituições nacionais com poderes

⁴⁵⁹ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p. 30.

para atuar na construção e aplicação do constitucionalismo europeu em nível nacional⁴⁶⁰.

Certamente, sentido algum haveria nas ousadas manifestações das Cortes constitucionais se não fossem levadas em conta pelo principal destinatário (TJUE) do diálogo implícito proposto pelos Tribunais nacionais.

Nenhum efeito jurídico e prático significativo poderia se observar da tentativa das Cortes nacionais de dialogar indiretamente com o Tribunal de Justiça se esse seguisse a ignorar as ponderações feitas pelos Estados-membros por meio de seus órgãos jurisdicionais à luz das constitucionais internas.

A consequência imediata da eventual desimportância atribuída pelo TJUE às manifestações nacionais seria a ruína da integração decorrente da desestabilização de seus alicerces jurídicos mais relevantes: o princípio do primado e da aplicabilidade direta.

Como se notou, o funcionamento eficaz do sistema jurídico em que se baseia a integração europeia depende profundamente da atuação disciplinada dos Tribunais nacionais para o fim de assegurar a efetividade e a uniformidade do direito comunitário nos territórios em que exercem jurisdição.

Sem a contribuição dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros seria praticamente inconcebível que a União Europeia alcançasse o grau de aprofundamento e efetividade hoje observado.

Isso porque a força jurisdicional do TJUE não tem o condão de se impor **incondicionalmente** aos Estados-membros e seus órgãos jurisdicionais; sendo certo que o TJUE conta ainda com a **sensível e contínua** aceitação por parte dos poderes judiciários nacionais da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu.

⁴⁶⁰ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2007, p. 65.

Na ótica de PIÇARRA e AMARAL, para que fosse possível a citada aceitação, os Tribunais nacionais iniciaram movimento tácito de exigir 'contrapartidas' do TJUE a fim de que possam seguir aplicando e assegurando a aplicação do direito comunitário, levando em conta os princípios do primado e da aplicabilidade direta:

"[...] a 'contrapartida' exigida ao TJ pelos tribunais nacionais, 'liderados' por alguns tribunais constitucionais, em troca da aceitação do princípio do primado do direito da UE. Tal 'contrapartida' consiste na garantia da efectiva sujeição das normas da União destinadas a prevalecer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros a parâmetros de validade essencialmente coincidentes com os que integram o 'núcleo' duro das constituições nacionais, a começar pelos direitos fundamentais (III). É, de resto, este aspecto que constitui a maior singularidade do processo que culminou na consagração do princípio do primado na ordem jurídica da UE em termos práticos equivalentes aos de uma constituição federal, sem a União dispor das características fundamentais de um Estado federal, sem os Tratados em que ela se funda serem uma constituição *stricto sensu* e, em todo o caso, sem conterem nenhuma disposição assimilável ao artigo I-6.º do Tratado Constitucional.

[...]

O reconhecimento generalizado de que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional [...] não se deu sem a influência determinante das constituições e dos tribunais dos Estados-Membros, nomeadamente no estabelecimento de 'contralimites' às "limitações de direitos soberanos" que o princípio do primado do direito comunitário consubstancia"⁴⁶¹.

⁴⁶¹ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade.** In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 190-191 e 198.

Diante desse cenário, não restou outra alternativa ao TJUE que não fosse levar em conta explicitamente na evolução de sua jurisprudência os valores e ponderações aduzidas pelas Cortes constitucionais dos Estados-membros como balanceamento e contrapartida ao aprofundamento da integração europeia segundo os princípios construídos jurisprudencialmente pela Corte comunitária⁴⁶².

Sendo assim, ao mesmo tempo em que o TJUE respondia às preocupações constitucionais dos Estados-membros e acomodava em sua jurisprudência elementos suscitados nas decisões das Cortes constitucionais, tais como o respeito aos direitos fundamentais e ainda o respeito ao princípio da atribuição de competência e ao princípio da subsidiariedade; as Cortes constitucionais asseguravam a continuidade da aceitação dos princípios do primado e da aplicabilidade⁴⁶³.

Tal concertação, a um só tempo, permitia o pleno desenvolvimento da integração europeia, a integral eficácia do direito comunitário e harmonizava adequadamente os anseios integracionistas às restrições naturais à integração decorrentes do princípio da soberania, da democracia e demais valores constitucionais previstos nas constituições dos Estados-membros.

Neste ponto, contribui para o trabalho uma análise sucinta de alguns casos paradigmáticos representativos do diálogo implícito desenvolvido entre as Cortes constitucionais e o TJUE.

⁴⁶² KUMM, Mattias. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty**. In: *European Law Journal*, V. 11, Issue 3, 2005, p. 302.

⁴⁶³ KUMM, Mattias. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty**. In: *European Law Journal*, V. 11, Issue 3, 2005, p. 302.

5.6.1. Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*)

Começar a análise da jurisprudência constitucional relacionada à integração europeia a partir das principais decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), permite o contato com os questionamentos mais substanciais feitos por uma Corte Constitucional em face da integração europeia, sobretudo no que diz respeito a sua aceitabilidade perante às ordens constitucionais dos Estados-membros.

As decisões da Corte Constitucional Alemã são fundamentais já que estabelecem balizas teóricas extremamente consistentes no que diz respeito aos limites constitucionais dos Estados-membros para a integração europeia⁴⁶⁴.

A virtude e a originalidade da jurisprudência alemã consistem na proposição de uma série de rigorosos fundamentos os quais analisam o direito comunitário **a partir** do direito constitucional dos Estados-membros, identificando, como dito, os limites impostos pelas ordens constitucionais internas à expansão da União Europeia e à execução de seus princípios e regras jurídicas.

Ciente da importância da jurisprudência alemã, optou-se por analisar **cinco** acórdãos do TCF alemão, sendo que três deles (Solange I, Solange II e Bananas) tratam da relação entre o direito comunitário e o direito constitucional, ao passo que os dois últimos (Maastricht e Lisboa) abordam especificamente a questão da constitucionalidade dos Tratados modificativos (de revisão) da União Europeia.

⁴⁶⁴ ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism.** In: *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2007, p 34.

5.6.1.1. *Solange I* - Bverfge 37, 271; de 29.05.1974⁴⁶⁵

O histórico processual da decisão *Solange I* inicia-se quando um determinado importador/exportador alemão ajuíza ação perante o Tribunal Administrativo de Frankfurt (*Verwaltungsgericht*) com o fim de que se declare a nulidade da decisão da agência estatal de controle de importação de grãos e alimentos para animais (*Einfuhr Und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* - EVSt), que determinou a execução do depósito garantidor de exportação, visto que a empresa alemã de comércio exterior havia executado parcialmente a licença de exportação que lhe fora concedida para 20 mil toneladas de milho.

Em discussão estavam disposições específicas do Regulamento 120/67, de 13 de junho de 1967 e o Regulamento 473/67, de 21 de agosto de 1961; as quais, a grosso modo, determinavam que os importadores e exportadores europeus de alguns produtos listados deveriam solicitar licença de exportação/importação específica para realizar a atividade de comércio exterior.

Ademais, determinavam os regulamentos que a concessão da licença ficava condicionada ao oferecimento de depósito garantidor da exportação/importação cuja eficácia estaria vinculada ao prazo de validade da licença concedida. No caso de descumprimento de qualquer dever previsto para os importadores/exportadores, o depósito oferecido poderia ser perdido em favor da administração alfandegária do Estado que concedeu a licença.

Diante desse contexto, o Tribunal Administrativo de Frankfurt submeteu ao TJUE reenvio prejudicial de validade das disposições daqueles regulamentos comunitários.

Ao julgar o reenvio prejudicial, o TJUE confirmou a validade das normas comunitárias, o que importou na posterior suspensão do processo pelo Tribunal Administrativo, que resolveu suscitar a apreciação do Tribunal Constitucional

⁴⁶⁵ Versão original disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>. Versão traduzida em inglês disponível em: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=588.

Federal a respeito da compatibilidade dos regulamentos comunitários com a Constituição alemã.

Eis o resumo do questionamento constitucional elaborado pelo Tribunal administrativo:

“[...] whether the obligation to export existing under European Community law and the associated duty to make an export deposit are compatible with the Basic Law and, if so, whether the rule that the deposit is to be released only in a case of force majeure is compatible with the Basic Law”.

A leitura do acórdão Solange I dá conta de que a posição preliminar manifestada pelo Tribunal Administrativo de Frankfurt era no sentido de ser possível a análise da compatibilidade do direito comunitário com a Constituição Alemã, e que o direito comunitário não pode prevalecer sobre o direito nacional em sua totalidade.

Como se vê, submete-se à apreciação da Corte Constitucional Alemã a validade e extensão da teoria do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, que é produto específico da jurisprudência do TJUE e considerada um dos sustentáculos da efetividade da ordem comunitária.

O TCF, ao realizar o julgamento da questão de constitucionalidade a ele submetida, decidiu que naquele caso específico não havia qualquer violação da Lei Fundamental alemã, reafirmando, indiretamente, o princípio do primado.

Ocorre que, o substrato mais relevante de Solange I não está no dispositivo do acórdão ou na decisão do Tribunal tomada naquele processo tendo por base o quadro fático particular; o que pode ser observado pela ementa da decisão:

“As long as the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of

settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law, a reference by a court of the Federal Republic of Germany to the Federal Constitutional Court in judicial review proceedings, following the obtaining of a ruling of the European Court under Article 177 of the Treaty, is admissible and necessary if the German court regards the rule of Community law which is relevant to its decision as inapplicable in the interpretation given by the European Court, because and in so far as it conflicts with one of the fundamental rights of the Basic Law”.

Ou seja, afirmou categoricamente o TCF que *enquanto* a tutela dos direitos fundamentais pelo direito comunitário não for tão eficaz quanto à prevista na carta fundamental alemã, aquela Corte constitucional assumirá a competência de revisão das normas jurídicas comunitárias que violarem os direitos fundamentais⁴⁶⁶.

É justamente esse estado condicional conferido ao pronunciamento da Corte que deu nome à decisão, *Solange*, palavra alemã cuja tradução é “*enquanto*”.

O TCF - por entender que a União Europeia sofria de déficit democrático consubstanciado na ausência de um legítimo Parlamento formado por sufrágio universal e carecia de um catálogo de direitos fundamentais – reconheceu que em eventual conflito entre normas comunitárias e normas nacionais tendentes a tutelar direitos fundamentais, o princípio do primado deverá ceder, prevalecendo a norma nacional sobre o direito comunitário.

Como se vê, pela primeira vez na história da integração, já em 1974, uma Corte Constitucional dos Estados-membros rebela-se frontalmente contra a doutrina do primado concebida pelo TJUE, deixando absolutamente explícito ao Tribunal Europeu que a proteção aos direitos fundamentais deve ser

⁴⁶⁶ SARMIENTO afirma que a partir de ‘Solange’, o princípio da primazia tornou-se condicional (primazia condicional): SARMIENTO, Daniel. **El reto constitucional de la Unión Europea en tiempos post-constitucionales**. In: Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Año 6, Nº. 15, 2008, p. 38.

reforçada no âmbito da ordem jurídica comunitária, bem como na jurisprudência do Tribunal, sob pena de as Cortes Constitucionais se habilitarem a fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos comunitários⁴⁶⁷.

A esse respeito, SCHILLING enxerga a existência de verdadeiro diálogo implícito entre o TCF e o TJUE:

“For instance, from early on the German Federal Constitutional Court engaged in a dialogue with the Court of Justice by indirectly quoting it, and denying the revolutionary claim raised by the Court of Justice in Van Gend & Loos that Community law must always take precedence over Member State law because otherwise the Community would be put into question”⁴⁶⁸.

Não há dúvidas de que a “*rebeldia*” jurisprudencial da Corte Constitucional alemã buscou diretamente enviar relevante mensagem ao TJUE, em verdadeiro diálogo implícito não procedimentalizado.

5.6.1.2. *Solange II - Bverfge 73, 339, DE 22.10.1986*⁴⁶⁹

Em *Solange II*, o TCF cuida de revisitar os fundamentos lançados na primeira decisão (*Solange I*), passando a analisar novamente o atual estado evolutivo da União Européia, tanto no que diz respeito ao seu coeficiente democrático quanto no que diz respeito à estruturação e tutela dos direitos fundamentais.

⁴⁶⁷ ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamientos y su Solución. El Ejemplo Alemán.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 106.

⁴⁶⁸ SCHILLING, Theodor. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm.** In: European Law Journal, V. 12, Issue 2, 2006, p. 184.

⁴⁶⁹ Versão original disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html>. Versão traduzida em inglês disponível em: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572.

A história processual de Solange II tem início quando importador alemão protocola requerimento perante a agência federal alemã para obter autorização para importar 1000 toneladas de cogumelos frescos de Taiwan.

A agência federal negou o requerimento formulado com base no Regulamento comunitário 2107/75. A decisão da agência foi questionada por meio de processo administrativo, após cujo encerramento, resultou no ajuizamento de ação perante o Tribunal Administrativo de Frankfurt (Verwaltungsgericht).

Quando do julgamento da ação, o Tribunal Administrativo decidiu que a recusa da agência em conceder licença para importação de cogumelos frescos de Taiwan não assumiu características de ilegalidade, não merecendo portanto qualquer reparo.

O importador prejudicado interpôs recurso contra a decisão do Tribunal Administrativo ao Tribunal Supremo Federal Administrativo, o qual suspendeu o processo e suscitou um reenvio prejudicial interpretativo ao Tribunal de Justiça da União Européia.

Nesta senda, o TJUE admitiu o incidente mas o considerou como um reenvio de validade, considerando válidos os regulamentos comunitários envolvidos na consulta.

Após resposta do Tribunal Europeu confirmando a validade das normas comunitárias, o Tribunal Administrativo não conheceu do recurso constitucional interposto pelo importador, que em seguida recorreu ao Tribunal Constitucional Federal para ver seu recurso conhecido.

Recebido pelo TCF o recurso interposto, a apreciação da questão constitucional resultou em julgamento com a seguinte ementa:

1. a) The European Court of Justice is a 'statutory court' within the meaning of Article 101 (1) Basic Law. It is a sovereign organ of judicature established by the Community Treaties, which, on the basis of and within the

framework of a legally established jurisdiction and procedures, in principle, makes final decisions in a state of judicial independence on legal questions in accordance with legal rules and legal standards.

b) The procedural law of the Federal Supreme Court meets the legal requirement of a free hearing, a procedure that affords an appropriate means of defence and a right to counsel of choice.

2. As long as the European Communities, in particular European Court case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law; references to the Court under Article 100 (1) Basic Law for those purpose are therefore inadmissible.

Em franca evolução, o TCF revisita a análise realizada nos anos 70 a respeito da tutela dos direitos fundamentais na União Européia e conclui em Solange II que o nível de proteção dos direitos fundamentais na integração européia, especialmente na jurisprudência do TJUE, foi substancialmente elevado alcançando patamar próximo ao assegurado pela Lei Fundamental alemã.

Por essa razão - o que é relevante na ocasião – a Corte alemã deixaria de exercer sua competência de fiscalizar a constitucionalidade de normas

comunitárias derivadas, desde que o mesmo nível de eficácia na tutela dos direitos fundamentais seja mantido.

Sendo assim, o TCF admite expressamente que o direito comunitário assume nível eficaz de proteção dos direitos fundamentais, deixando bem claro ao TJUE que a redução do bloco normativo de proteção autorizaria à Corte nacional voltar a fiscalizar a constitucionalidade de normas comunitárias.

Ponto de peculiar importância para o estudo ora realizado está presente na decisão Solange II, na medida em que o TCF, explicitamente, para justificar o estado adequado de proteção dos direitos fundamentais na União Européia; passa a enumerar uma série de decisões do próprio TJUE que manifestam inequivocamente que as preocupações originalmente lançadas em Solange I foram absorvidas na jurisprudência do Tribunal Europeu, materializando-se de fato o diálogo pretendido pelo TCF.

Note-se que, a Corte constitucional alemã enumera um extenso rol de exemplos concretos da jurisprudência do TJUE em que se identifica a incorporação da tutela dos direitos fundamentais no discurso jurisdicional europeu.

Neste sentido podemos citar, **Stork v. High Authority**⁴⁷⁰ no qual o TJUE afirma expressamente que a Alta Autoridade violou princípios consagrados na própria Constituição Alemã. Em **President etc. v. High Authority**⁴⁷¹, por sua vez, o Tribunal reconhece os direitos fundamentais como princípios gerais do direito comunitário.

O que foi considerado pela TCF como um grande passo do TJUE, em **Nold Kg v. E.C. Commission**⁴⁷², foi o reconhecimento pela Corte européia de que as Constituições dos Estados-membros podem ser consideradas parâmetros de

⁴⁷⁰ Processo TJUE nº 1/58, de 4 de fevereiro de 1959.

⁴⁷¹ Processo TJUE nº 36-38/59 e 40/59, 15 de julho de 1960.

⁴⁷² Processo TJUE nº 4/73, de 14 de maio de 1974: “13 As the court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. In safeguarding these rights, the court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the member states, and it cannot therefore uphold measures which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the constitutions of those states”.

controle de validade dos atos praticados pelas instituições comunitárias adotados no âmbito e no exercício de suas competências.

Sem contar as inúmeras vezes em que o TJUE passou a defender e reconhecer explicitamente direitos fundamentais tais como o direito de propriedade (**Hauer v. Land RheinlandPfalz**⁴⁷³), a liberdade de associação, o princípio da igualdade, o princípio da proibição de atos arbitrários, a liberdade religiosa e a proteção da família (**Union Syndicale v. E.C. Council**⁴⁷⁴ e **Ruckdeschel v. Hauptzollamt**⁴⁷⁵), proibição do excesso e da proporcionalidade (**Internationale Handelsgesellschaft**⁴⁷⁶, **Hauer v. Land RheinlandPfalz**⁴⁷⁷, **Vittorio Testa, Salvino Maggio and Carmine Vitale v. Bundesanstalt für Arbeit**⁴⁷⁸, **Albert Heijn BV**⁴⁷⁹; **Robert Fearon & Company Limited v Irish Land Commission**⁴⁸⁰, **Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées [ADBHU]**⁴⁸¹), princípio da irretroatividade (**Racke v. Hauptzollamt Mainz**⁴⁸²), princípio do *non bis in idem* (**Boehringer Mannheim GmbH v. Commission of the European Communities**⁴⁸³), dever de motivação dos atos jurisdicionais (**SA Intermills v. Commission of the European Communities**⁴⁸⁴ e **Leeuwarder Papierwarenfabriek BV v. Commission of the European Communities**⁴⁸⁵), proteção judicial efetiva (**Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary**⁴⁸⁶) e direito ao duplo grau de jurisdição como parte do devido processo legal (**Josette Pecastaing v. Belgian State**⁴⁸⁷).

⁴⁷³ Processo TJUE nº 44/79, de 13 de dezembro de 1979.

⁴⁷⁴ Processo TJUE nº 175/73, de 8 de outubro de 1974.

⁴⁷⁵ Processo TJUE nº 117/76 e 16/77, de 19 de outubro de 1977.

⁴⁷⁶ Processo TJUE nº 11/70, de 17 de dezembro de 1970.

⁴⁷⁷ Processo TJUE nº 44/79, de 13 de dezembro de 1979.

⁴⁷⁸ Processo TJUE nº 41/79, 121/79 e 796/79, de 19 de junho de 1980.

⁴⁷⁹ Processo TJUE nº 94/83, de 19 de setembro de 1984.

⁴⁸⁰ Processo TJUE nº 182/93, de 6 de novembro de 1984.

⁴⁸¹ Processo TJUE nº 240/83, de 7 de fevereiro de 1985.

⁴⁸² Processo TJUE nº 98/78, de 25 de janeiro de 1979.

⁴⁸³ Processo TJUE nº 7/72, de 14 de dezembro de 1972.

⁴⁸⁴ Processo TJUE nº 323/82, 14 de novembro de 1984.

⁴⁸⁵ Processo TJUE nº 318/82, de 26 de novembro de 1985.

⁴⁸⁶ Processo TJUE nº 222/84, de 15 de maio de 1986.

⁴⁸⁷ Processo TJUE nº 98/79, de 5 de março de 1980.

Pode-se citar por fim o caso **Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur**⁴⁸⁸ em que o TJUE invoca a Convenção Europeia de Direitos Humanos como fundamento para sua decisão.

Percebe-se então que a decisão Solange II tem o mérito de demonstrar minuciosamente o avanço da União Europeia na proteção dos direitos fundamentais, mesmo sem ainda ter em sua ordem jurídica uma carta de direitos fundamentais⁴⁸⁹.

Consolida-se mais uma vez o diálogo entre o TCF e o TJUE, de modo que a Corte alemã indica ao Tribunal europeu o caminho que considera correta no que diz respeito ao respeito dos direitos fundamentais.

5.6.1.3. *Bananas - BVerfGE 102, 147; 07.06.2000*⁴⁹⁰

O caso Bananas é o último a ser analisado que trata especificamente da relação entre o direito comunitário e o direito constitucional dos Estados-membros, nomeadamente no que se refere ao princípio do primado.

A história do caso Bananas começa em 01.07.1993, quando entrou em vigor o Regulamento comunitário nº 44/93 que passou a disciplinar de maneira uniforme o mercado de bananas na então Comunidade Europeia.

Isso porque antes de 1993, o mercado de bananas era organizado e disciplinado individualizadamente por cada Estado-membro, havendo situações de mercado fechado com preços garantidos (França) e de mercado aberto sem limitações quantitativas.

⁴⁸⁸ Processo TJUE nº 36/75, de 28 de outubro de 1975.

⁴⁸⁹ Importante abordagem sobre a evolução da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais na jurisprudência do TJUE: MAGAGNI, Massimo. **L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza e nella prassi delle Comunità europee (rassegna di giurisprudenza)**. In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, 1979, p. 880-896 e MANCINI, Federico. **La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee**. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, p. 1-16.

⁴⁹⁰ Versão original disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv102147.html>. Versão traduzida em inglês disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20000607_2bvl000197en.html.

Essa nova regulação, com o objetivo de disciplinar o mercado de bananas, passou a criar restrições/limitações às importações de bananas produzidas em outros países não membros da UE.

A norma comunitária, com o objetivo de valorizar a produção de banana na Comunidade, instituiu situação jurídica, no que diz respeito ao preço e a qualidade, em que as bananas provenientes de terceiros países não conseguiriam concorrer no mercado da Comunidade Européia com as bananas comunitárias e as bananas “ACP” (áfrica, caribe e pacífico), que submetiam-se a limites de importação pré-estabelecidos.

A alteração normativa no mercado de bananas afetou diretamente a Alemanha na medida em que as bananas de terceiros países eram as mais vendidas naquele país, e sobre a importação delas passou a incidir imposto de importação bem mais elevado.

Com isso, 19 (dezenove) empresas de importação de bananas de terceiros países, julgaram-se prejudicadas com a nova disciplina comunitária e resolveram questionar as restrições no Tribunal Administrativo de Frankfurt.

Rapidamente, o Tribunal Administrativo submeteu a questão ao TJUE em reenvio prejudicial, que entendeu pela validade do regulamento comunitário questionado.

Após o retorno da decisão do TJUE, o Tribunal Administrativo suspendeu o processo e suscitou questão de constitucionalidade a ser solucionada pelo Tribunal Constitucional Federal.

A questão de constitucionalidade suscitada passa por uma análise criteriosa de admissibilidade, tendo em vista o que fora estabelecido em Solange II.

E por essa razão, a questão de constitucionalidade **não foi conhecida** pelo TCF haja vista ter restado decidido que enquanto a União Européia assegurar um nível de proteção aos direitos fundamentais substancial e equivalente

àquele assegurado pela Lei Fundamental alemã, a Corte Constitucional daquele país não exerceria sua competência de fiscalizar a constitucionalidade das normas comunitárias derivadas.

Sendo assim, o TCF deixaria de conhecer questões de constitucionalidade a ele submetidas com base nessa competência, desde que a União Européia, sobretudo por meio de sua Corte de Justiça, mantivesse níveis adequados de proteção.

5.6.1.4. *Maastricht - BverfGE 89, 155; 12.10.1993*⁴⁹¹

Até então os acórdãos do TCF analisados tiveram origem em demandas individuais cuja questão controvertida refere-se à relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional, especialmente no que diz respeito à capacidade de tutela dos direitos fundamentais.

A partir de agora, passa-se a analisar duas decisões do TCF que apreciam detalhadamente a constitucionalidade das leis de aprovação de dois tratados específicos que alteraram profundamente a formatação jurídica da União Européia.

Em 1993, o Tribunal Constitucional alemão, ao julgar uma reclamação constitucional ajuizada para discutir a constitucionalidade do Tratado de Maastricht, da lei de aprovação da ratificação e das emendas à Lei Fundamental alemã, proferiu acórdão confirmando a constitucionalidade da ratificação do Tratado da União Européia pela Alemanha. A Corte, portanto, declarou que o Tratado de Maastricht é compatível com a Constituição alemã.

Apesar disso, o Tribunal confirmou o que tinha estabelecido em Solange I e II no sentido de que o TJUE tem a responsabilidade primária de proteger os direitos fundamentais, deixando explícito que se aquela Corte européia falhar

⁴⁹¹ Versão original disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089155.html>. Versão traduzida em inglês disponível em:

em cumprir seu dever institucional de forma adequada, a Corte constitucional alemã estaria autorizada a fazê-lo, nos termos em que decidido em Solange II.

A Corte constitucional asseverou ainda sua competência de revisão das normas jurídicas comunitárias derivadas de modo a verificar se elas foram editadas em respeito aos limites das competências atribuídas à União Européia e suas instituições (controle dos atos *ultra vires*).

Essa afirmação que assegura à Corte alemã um poder geral de controlar a competência das instituições comunitárias põe novamente em questionamento a teoria da supremacia da norma comunitária e questiona a própria competência do TJUE de controlar com exclusividade a legalidade das normas comunitárias derivadas tendo por parâmetro o quadro normativo da União Européia.

Amplia-se portanto em Maastricht os limites objetivos até então fixados pelo TCF para que ele próprio exerça a competência de fiscalização da constitucionalidade de atos comunitários derivados.

Desde Solange I, limitou-se a Corte Constitucional alemã a afirmar que sua competência de fiscalização de constitucionalidade de normas comunitárias poderia ser exercida nas hipóteses em que fosse necessário assegurar a tutela de direitos fundamentais.

A partir de Maastricht, o TCF tem o cuidado de ampliar essa possibilidade também para os casos em que a União Européia, por meio de suas instituições comunitárias, exerce suas competências além dos limites previamente fixados nos Tratados.

O recado dado às instituições comunitárias, em especial ao TJUE, tem por objetivo conferir especial relevo ao princípio da atribuição de competências, bem como ao princípio da subsidiariedade e proporcionalidade; por meio dos quais se pretende reter e preservar ao máximo a soberania dos Estados-

membros, e garantir o controle por eles do quanto de competência fora transferida à União Européia.

Nesse contexto, KEGEL destaca que “*a manifestação mais evidente de desconforto por parte da Teoria Constitucional tradicional foi demonstrada através da ‘Sentença Maastricht’, do Tribunal Federal Constitucional Alemão*”⁴⁹², que revelou a tensão latente entre a ordem comunitária e as Constituições nacionais.

5.6.1.5. Lisboa - BverfGE 123, 267; 30.06.2009⁴⁹³

Na mesma linha do que ocorrera em Maastricht, a decisão Lisboa igualmente tem origem em reclamação constitucional ajuizada contra a constitucionalidade do Tratado de Lisboa, da lei de aprovação da ratificação e das emendas à Lei Fundamental alemã.

Inúmeros pontos que foram objeto de análise na decisão Maastricht foram novamente abordados em Lisboa, com a diferença de que em Lisboa o Tribunal ponderou cada item do Tratado, ante a profunda alteração que se pretendia promover na União Européia.

Após avaliar a evolução da União Européia, e, especialmente, os avanços trazidos pelo Tratado de Lisboa; a Corte Constitucional alemã deixa muito explícito, de forma histórica, que as novas fronteiras para a integração européia teria como limite a identidade constitucional dos Estados-membros.

Apesar de reconhecer, como sempre o fez, a importância da participação da Alemanha no contexto da integração européia, tendo sempre reforçado a abertura/autorização constitucional da Lei Fundamental para aquela participação; o TCF passa a frisar com bastante ênfase que a União Européia consiste numa **associação de Estados soberanos** (*Staatenverbund*).

⁴⁹² KEGEL, Patricia Luíza. **A teoria constitucional no âmbito do processo de integração europeu**. In: Revista de Direito Internacional e Econômico, v.1, n.1, out./dez., 2002, p.130.

Fica claro então que a soberania dos Estados-membros deve servir como medida de legitimidade e possibilidade para o avançar da União Europeia e a aplicação do direito comunitário, não se admitindo a superação da identidade constitucional dos Estados-membros pela integração.

É por isso que a expressão *verbund* quer representar uma associação de longo prazo de Estados que mantém sua soberania, de maneira que as estruturas fundamentais dessa associação são resultado da atuação dos Estados-membros e sobretudo seus cidadãos, que detém e exigem a legitimidade democrática daqueles atos⁴⁹⁴.

A par do que foi dito, boa parte das conclusões já estabelecidas em Maastricht são rigorosamente reproduzidas ou referenciadas em Lisboa, de modo que alguns autores, por essa razão, referem-se à Lisboa como Maastricht II⁴⁹⁵.

Portanto, em Lisboa, adiciona-se mais um dado às exigências jurídicas apresentadas pelo TCF para a validade da integração europeia no território alemão. Deve então o TJUE além de tutelar os direitos fundamentais e adequar-se aos limites das competências expressamente transferidas à União, deve também passar a respeitar a identidade constitucional dos Estados-membros, como limite de validade de sua atuação⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Versão original disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv123267.html>. Versão traduzida em inglês disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

⁴⁹⁴ LA PERGOLA, Antonio. **L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista**. In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, v. 47, n. 1, março, 1993, p. 6-7.

⁴⁹⁵ HÄBERLE, Peter, CALLEJÓN, Francisco Balaguer (trad). **La regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht-II" anquilosada**. In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 404. Para uma análise crítica aprofundada do Acórdão Lisboa: THYM, Daniel. **In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court**. In: Common Market Law Review, issue 6, vol. 42, 2005, p. 1795-1822; e TORRE, Fernando Castillo de la. **La sentencia del tribunal constitucional federal alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del tratado de Lisboa: análisis y comentarios**. In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 13, nº 34, 2009, p. 969-1010.

⁴⁹⁶ De forma mais aprofundada: CEIA, Eleonora Mesquita. **A Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a Constitucionalidade do Tratado de Lisboa**. In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n.49, 2009, p.89-107.

5.6.2. Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*)

Não só a Corte Constitucional alemã utilizou sua própria jurisprudência para estabelecer um diálogo implícito com o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Da jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano pode-se destacar duas decisões paradigmáticas a respeito da integração europeia no território italiano, tendo a primeira o contexto da constitucionalidade do Tratado de Roma, e o segundo a questão da harmonização das ordens jurídicas comunitária e nacional e a possibilidade da Corte Italiana controlar a constitucionalidade da norma comunitária que viole direito fundamental.

5.6.2.1. *Frontini – Sentenza nº 183/1973, 18 dicembre 1973*⁴⁹⁷

Franco e Frontini Food Trade Products Ltd ajuizaram ação civil em face do Ministro das Finanças questionando os novos encargos que passaram a incidir sobre certas operações de importação agrícola após a instituição da Comunidade Económica Europeia (CEE – Tratado de Roma).

Na mesma ação, o Tribunal de Turim suscitou a constitucionalidade do art. 2 da Lei nº 14, de outubro de 1957, n. 1203, que tornou definitiva a vinculação da Itália à CEE.

A questão de constitucionalidade suscitada pelo Tribunal de Turim colocou em questionamento de forma clara e direta a aceitação pela lei italiana do princípio da aplicabilidade imediata e do princípio da primazia.

Ou seja, a constitucionalidade do Tratado de Roma (CEE) fundado no princípio da aplicabilidade imediata e do princípio da primazia foram postos à análise da Corte Constitucional Italiana.

⁴⁹⁷ Versão original disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>.

Para justificar a adequação dos princípios da primazia e da aplicabilidade imediata com a Constituição Italiana, a Corte Constitucional desenvolve raciocínio um pouco diferente daquele demonstrado na análise das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, até porque é anterior à Solange I (1974), que inaugurou o requinte teórico da jurisprudência alemã a respeito da integração européia.

A Corte Italiana busca demonstrar que o direito comunitário é completamente independente do direito nacional dos Estados-membros, e, portanto, as disposições constitucionais italianas regem **apenas** o exercício de poderes pelos órgãos e instituições do Estado italiano, e por isso não são aplicáveis à atividade normativa das instituições comunitárias, que são regidas, na ocasião, apenas pelo Tratado de Roma.

Esclarece a Corte Constitucional italiana que não há razão jurídica para questionar-se a compatibilidade normativa do direito comunitário com a Constituição italiana, a uma porque são realidades jurídicas distintas, a duas porque, segundo o Tribunal, há certo nível de participação institucional dos Estados-membros nas instituições da então Comunidade Européia, assegurando legitimidade democrática, que também é conferida pelo controle direto pelo Parlamento europeu e indireto pelos parlamentos nacionais.

Como se vê, de maneira ainda muito incipiente, a Corte Constitucional italiana identifica e deixa explícita sua visão a respeito de existência de elementos de participação e diálogo institucional no âmbito da então Comunidade Européia, manifestadas sobretudo pelo controle direto do Parlamento europeu e pelo controle indireto pelos parlamentos nacionais.

Por fim, no que diz respeito à proteção jurisdicional oferecida pela ordem comunitária, o Tribunal Constitucional italiano – ainda sem trazer para si a competência de fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias derivadas – esclarece que a então Comunidade Européia é formada por Estados-membros que se baseiam estruturalmente nos princípios do Estado de Direito e na garantia das liberdades fundamentais a seus indivíduos, e, por

essa razão, o Tribunal de Justiça comunitário deveria reprimir a inadmissível violação daqueles princípios pelas instituições comunitárias.

Por tudo o que se vê, é indiscutível que o diálogo implícito entre a Corte Constitucional italiana e o TJUE também apresenta-se evidente na jurisprudência daquele Tribunal nacional.

5.6.2.2. *Granital – Sentenza nº 170/1984, 5 giugno 1984*⁴⁹⁸

Em *Granital*, observa-se uma evolução mais acentuada da jurisprudência da Corte Italiana a respeito das questões tormentosas da integração europeia, sendo também perceptível a influência de *Solange I* sobre a compreensão da relação entre a ordem jurídica nacional e comunitária.

Estava em discussão neste processo a constitucionalidade do art. 3º do Decreto Presidencial nº 695, de 22 de setembro de 1978, que alterou as disposições preliminares da taxa de direitos aduaneiros de importação da República Italiana.

De forma mais precisa, o Decreto presidencial nº 695/78 é questionado por ter inserido na legislação nacional italiana o critério estabelecido na legislação comunitária (Regulamento nº 120/67) após interpretação do TJUE em 15.06.1976, segundo o qual o valor da taxa aduaneira é fixado na data em que aceita a declaração de importação das mercadorias.

Ocorre que a operação de importação da empresa Spa *Granital* de 500 toneladas de cevada do Canadá fora homologada em 22.02.1972.

Ou seja, o art. 15 do Regulamento nº 120/67 fora interpretado pelo TJUE em 15.06.1972 de modo a esclarecer que o valor da taxa aduaneira é fixado na data em que aceita a declaração de importação das mercadorias, e não em momento posterior.

⁴⁹⁸ Versão original disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>.

Diante dessa nova conjuntura jurídica, e por ter a empresa Granital efetuado o pagamento das taxas aduaneiras levando em conta data distinta da que foi aceita a declaração de importação; a autoridade aduaneira italiana notificou a importadora para que efetuasse o pagamento das diferenças de tributos aduaneiros, já que a alteração na data de fixação do tributo gerou um crédito tributário a maior.

Por certo, a empresa questionou judicialmente tal exigência, oportunidade em que o Tribunal de Gênova suscitou a questão de constitucionalidade a ser apreciada pela Corte Constitucional Italiana.

Quando da análise da questão de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, a Corte aventa uma série de interessantes ponderações relacionadas à harmonização e relação das ordens jurídicas comunitária e nacionais, chegando a afirmar a inconstitucionalidade da norma interna contrária com o direito comunitário, a existência de uma presunção de conformidade da legislação nacional com o direito comunitário, de maneira a exigir a escolha da interpretação possível do texto legal que melhor se compatibilize com o direito comunitário, concluindo então que a incompatibilidade irreduzível entre as ordens jurídicas, deve dar espaço à primazia do direito comunitário.

No entanto, o que é mais importante, apesar de reconhecer o mecanismo do primado do direito comunitário, a Corte Italiana, a exemplo de Solange I e II, *“não abdica de estabelecer reservas ao seu funcionamento, sempre que este conduza a colisão com princípios constitucionais fundamentais”*⁴⁹⁹.

Mais uma vez, identifica-se a utilização da jurisprudência constitucional dos tribunais superiores dos Estados-membros, como meio para estabelecer um diálogo implícito não formalizado entre as jurisdições nacionais e o TJUE.

⁴⁹⁹ DUARTE, Maria Luísa; DELGADO, Pedro. **União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros**. Lisboa: A.A.F.D.L, 2006, p. 196.

5.6.3. Tribunal Constitucional Espanhol (*Tribunal Constitucional*)

Para encerrar a análise das jurisprudências constitucionais dos Estados-membros da União Europeia, resta então apreciar os elementos de diálogo implícito constantes em Declaração do Pleno do Tribunal Constitucional que não só insere em seu teor aqueles elementos, como afirma explicitamente a necessidade de estabelecimento de diálogo formal e constante entre os Tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

5.6.3.1. *Tratado Constitucional – DTC 1/2004, de 13 de Diciembre de 2004*⁵⁰⁰

O Tribunal Constitucional Espanhol é provocado pelo Governo Espanhol para o fim de declarar a existência ou não de incompatibilidade entre a Constituição espanhola e a Constituição da União Europeia, sobretudo no que diz respeito ao princípio do primado constante, pela primeira vez expressamente, no Tratado Constitucional.

Na análise das disposições do Tratado Constitucional, o Tribunal Espanhol assume como premissa para avaliar a interação entre a ordem comunitária e a ordem constitucional; que a aceitação daquela ordem pela Constituição espanhola, como consequência da transferência de poderes para a União Europeia, só é possível se a ordem comunitária respeitar integralmente os princípios e valores básicos da Constituição⁵⁰¹.

Objetivando enumerar alguns desses princípios e valores básicos da Constituição espanhola, como limites materiais da integração, o Tribunal aponta o respeito à soberania, das estruturas constitucionais básicas e o

⁵⁰⁰ Versão original disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Declaracion.aspx?cod=9670>.

⁵⁰¹ Neste sentido: ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2007, p. 27.

sistema de valores e princípios fundamentais consagrados na Constituição, dentro os quais os direitos fundamentais adquirem substantividade própria.

No que diz respeito especificamente ao princípio do primado, o Tribunal Constitucional apresenta pela primeira vez na jurisprudência constitucional dos Estados-membros uma distinção técnico-jurídica entre a primazia e a supremacia normativa:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición

normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado”.

Como se vê - em nova leitura do princípio do primado formulado pelo TJUE - além de distinguir a primazia da supremacia, prova a Corte Constitucional espanhola que o princípio da supremacia da constituição é compatível com a primazia do direito comunitário, justamente porque a Constituição reconhece em si própria a formação de âmbitos de aplicação normativa distintos, os quais autorizam a precedência normativa.

Apesar das já citadas contribuições da Corte Constitucional espanhola ao discurso constitucional da integração europeia; observa-se que, para os objetivos do presente tópico, o Tribunal espanhol é muito contundente ao afirmar e reconhecer a existência de um diálogo jurisdicional implícito entre as jurisdições nacionais e o TJUE:

“Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal, garantía cuya ausencia o cuya falta de una proclamación explícita justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, **en lo que ha dado en llamarse en la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.** En otros términos, los límites a que se referían las reservas de

dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros.

[...]

Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, **ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas**, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española”.

Sendo assim, a jurisprudência da Corte Constitucional Espanhola confirma com enorme precisão a existência ou pelo menos a imperiosa necessidade de estabelecimento de um profícuo diálogo interjurisdiccional cooperativo entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Os singelos exemplos destacados da jurisprudência constitucional de alguns Estados-membros comprovam, ao menos, a tentativa dos órgãos jurisdicionais nacionais de influenciarem e participarem ativamente da construção do direito comunitário com integral respeito às identidades constitucionais de cada um dos países, respeito à soberania e aos valores fundamentais consagrados em todas as constituições (tradições constitucionais comuns/direito constitucional comum), tal como os direitos fundamentais.

A relevância da autorizada participação/contribuição, nomeadamente, das Cortes Constitucionais na atividade hermenêutica desenvolvida pelo TJUE

deveria ser estimulada de forma estruturada e formal pela ordem comunitária, bem como em sua dimensão adjetiva, no contencioso comunitário.

O estabelecimento de diálogos implícitos não procedimentalizados, sem dúvida, como demonstra a experiência da integração europeia, afigura-se como uma alternativa possível e relativamente eficaz.

Ocorre que essa via implícita de diálogo assume características unilaterais, não vinculativas e intempestiva, de maneira que o TJUE, do ponto de vista jurídico, tem a discricionariedade⁵⁰² de considerar ou não a contribuição hermenêutica fornecida pelos órgãos jurisdicionais superiores dos Estados-membros em processos internos, no bojo da jurisprudência constitucional de cada país.

Por essa razão, seria adequado do ponto de vista da efetividade do direito comunitário e da harmonia entre os atores integrantes da União Europeia que, a exemplo do reenvio prejudicial, seja viabilizada estruturas formais e procedimentalizadas no contexto do contencioso comunitário para efetiva incorporação da contribuição hermenêutica das jurisdições nacionais dos Estados-membros a respeito da construção do direito comunitário por meio da atividade do TJUE⁵⁰³.

Tais premissas são reafirmadas por BAQUERO CRUZ:

“A judicial dialogue bearing on what the European Union can and cannot do and which may result in the annulment of important policy measures should take place in a structured way, not informally and by unilateral statements”⁵⁰⁴.

⁵⁰² "It is its judgments, not those of national courts, that are determinative of European law. While national courts may refer questions on European law to the ECJ, it is the ECJ that will then finally decide". BRENNAN, Lord Daniel. **The Future of the European Court of Justice – A British Perspective**. In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 80.

⁵⁰³ Neste sentido: ACCETO, Matej; SZLEPTNIG, Stefan. **The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law**. In: *European Public Law*, V. 11, Issue 3, 2005, p. 375–403.

⁵⁰⁴ CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice**. In: *International Journal of Legal Information*, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 237.

Neste sentido, é possível constatar que, dos principais mecanismos processuais previstos no contencioso comunitário, apenas o reenvio prejudicial é essencialmente concebido do ponto de vista procedimental para viabilizar a interação entre instâncias jurisdicionais pertencentes a sistemas jurídicos distintos⁵⁰⁵.

Entretanto, no **reenvio prejudicial**, a participação das jurisdições nacionais no processo interpretativo ou de validade da norma comunitária está inequivocamente limitada à formulação do questionamento que se pretende seja respondido pelo Tribunal europeu, e, ainda assim, muitas vezes é ignorada pela criatividade e ativismo do TJUE.

O que se vê então nos outros principais mecanismos processuais do contencioso comunitário é que o recurso de anulação (art. 263 e 264 do TFUE), o recurso de omissão (art. 265 do TFUE) e a ação de responsabilidade extracontratual da União Europeia (art. 268 do TFUE) têm em comum uma finalidade de tutela absolutamente restrita ao âmbito da União Europeia. Ou seja, é reduzido ou praticamente inexistente o grau de contato ou interferência que essas ações provocam nos Estados-Membros e em seu ordenamento jurídico.

De forma absolutamente contrária, a ação por incumprimento tem por objeto específico a fiscalização da comunitariedade de omissões e ações, inclusive normativas, dos Estados-membros, afetando diretamente os interesses daqueles Estados e por consequência a estabilidade de suas ordens jurídicas.

Por essa razão, haja vista a brusca interferência nos Estados-membros das decisões proferidas pelo TJUE no âmbito da ação por incumprimento, e considerando toda a predisposição da União Europeia e sua ordem jurídica para um diálogo institucional, fica claro que o procedimento da ação por

⁵⁰⁵ "Esta idéia de 'cooperação' assente num 'diálogo' entre o juiz comunitário e o juiz nacional foi devidamente posta em relevo no Acórdão do TJCE de 1.12.1965, firma SCHWARZE, em que o processo de reenvio a título prejudicial é considerado 'o quadro muito particular da cooperação judiciária instituída pelo art. 177º (agora 234º), na conformidade da qual as jurisdições nacionais e o Tribunal da Comunidade, de acordo com as suas competências próprias, são chamados a contribuir directamente e reciprocamente para a elaboração de uma decisão destinada a assegurar a aplicação uniforme do Direito

incumprimento é extremamente propício à estruturação de mecanismos que viabilizem a interação e participação das jurisdições nacionais (diálogo expresso).

Diante disso, passa-se a demonstrar os fundamentos específicos para a existência do diálogo no procedimento da ação por incumprimento, indicando então como se daria procedimentalmente essa diálogo interjurisdicional cooperativo.

6. POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO NA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO

Como se demonstrou em capítulos anteriores, a formatação procedimental da ação por incumprimento e a atuação do TJUE na apreciação da demanda veiculada naquela ação não levam em conta o princípio do diálogo.

A ação por incumprimento - a despeito de expor um confronto entre a ordem jurídica comunitária e nacional – organiza-se procedimentalmente de forma a excluir quase que integralmente a participação dos Estados-membros na formação da interpretação da norma comunitária e da norma nacional dita incompatível com o direito comunitário.

Ficam os Estados-membros substancialmente privados de contribuir, por intermédio de um órgão nacional neutro, para o influxo de suas tradições/identidades constitucionais no contexto hermenêutico da ação por incumprimento.

Limitam-se os Estados-membros a exercer diretamente seu direito de defesa em razão da fiscalização de comunitariedade instaurada contra ato por ele praticado.

Decididamente, no âmbito da ação por incumprimento, inexiste a interação/diálogo entre os órgãos jurisdicionais legitimamente autorizados a interpretar o direito comunitário e os direitos nacionais (respectivamente, TJUE e Tribunais nacionais); mesmo quando se está diante de mecanismo processual cujos efeitos na ordem jurídica interna dos Estados-membros são altamente invasivos: (i) proibição de aplicação da norma contrária ao direito comunitário, (ii) obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente, (iii) responsabilização do Estado-membro pelos danos causados aos particulares em virtude do incumprimento, (iv) obrigação de revogar a norma contrária ao direito comunitário.

Sendo assim, pelas razões já alinhavadas a respeito da compatibilidade da técnica do diálogo institucional na União Européia e por outra série de razões que serão analisadas a partir daqui, apresenta-se adequada a viabilização do diálogo interjurisdicional na ação por incumprimento mediante das Cortes Constitucionais ou órgãos jurisdicionais equivalentes no processo decisório e hermenêutico do TJUE.

6.1. Fundamentos específicos para o diálogo na ação por incumprimento

Se é verdade que toda a estruturação da União Européia sustenta-se na profunda e constante participação dos Estados-membros tanto na formação e execução do direito comunitário, como também na composição institucional dos órgãos comunitários; tendo em vista que a interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacional obedece ao formato de uma fertilização cruzada criadora de um núcleo constitucional comum; considerando que a técnica do diálogo institucional é latente em toda a União Européia; e, neste sentido, seria de extrema relevância o aprofundamento do diálogo cooperativo entre o TJUE e as Jurisdições Nacionais, assim como a configuração de diálogos implícitos entre as Cortes Constitucionais e o Tribunal Europeu; é então imperiosa a conclusão de que a formatação da técnica do diálogo institucional no âmbito da ação por incumprimento é extremamente compatível com o instituto e os objetivos por ele perseguidos.

A despeito de todas as razões genéricas resumidamente destacadas, cabe então demonstrar de forma mais específica os fundamentos que justificariam a estruturação da técnica do diálogo institucional no procedimento da ação por incumprimento.

6.1.1. Fundamentos substanciais

Os fundamentos categorizados como substanciais têm por propósito identificar razões jurídicas tendentes a eliminar a natural tensão existente entre União Europeia e os Estados-membros no âmbito da ação por incumprimento, de modo a justificar a implementação da técnica do diálogo institucional cooperativo no procedimento daquele mecanismo processual.

A exposição da ordem jurídica nacional dos Estados-membros ao juízo de compatibilidade com o direito comunitário é extremamente sensível do ponto de vista da estabilidade e efetividade da integração.

Como já fora demonstrado no presente trabalho, a eficácia e efetividade do direito comunitário e do próprio projeto integracionista europeu depende de forma crucial da colaboração dos Estados-membros, por meio de suas instituições, aí inclusos, os órgãos jurisdicionais.

O questionamento da pertinência de uma norma jurídica nacional perante um órgão jurisdicional alheio à estrutura estatal e com base em parâmetro normativo distinto da Constituição nacional; faz com que dois valores constitucionais básicos comuns entre todos os Estados-membros da União sejam relativizados.

Note-se primeiramente que a legitimidade democrática do TJUE em declarar a incompatibilidade da norma interna com o direito comunitário, já conhecidos todos os efeitos anexos a essa declaração tais como o dever de retirar a norma do sistema e a dever de deixar de aplicá-la; choca frontalmente com as previsão constitucional da soberania popular.

Isso porque o povo, titular originário do poder, delega esse poder a representantes democraticamente eleitos os quais ficam investidos da legitimidade democrática para elaborar, modificar e extinguir normas jurídicas.

É portanto sob a delegação democrática do povo que seus representantes, perante as Casas Legislativas, exercem o poder normativo estruturante da ordem constitucional interna. Em suma, toda a ordem jurídica nacional parte do povo e a ele serve.

Tal perspectiva é tão relevante que todas as decisões citadas no capítulo anterior fazem referências à possível violação ao princípio da soberania dos Estados-membros, que nada mais é do que manifestação institucional da soberania popular⁵⁰⁶.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que as decisões proferidas em ação por incumprimento causam substancial interferência na ordem jurídica dos Estados-membros, na medida em que, para fins de controle de compatibilidade normativa, ‘*exclui*’ a Constituição nacional como parâmetro de controle e esvazia integralmente a função do órgão jurisdicional constitucionalmente autorizado a realizar juízo de compatibilidade normativa (Cortes Constitucionais).

Por regra, os Estados constitucionais são concebidos normativamente de modo que a ordem jurídica nacional tenha fundamento de validade na norma suprema constitucional, cuja guarda compete à Corte Constitucional do Estado-membro.

É ele o órgão constitucional normativamente autorizado a fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas submetidos ao parâmetro de validade da norma constitucional.

Por sua vez, no que concerne à ação por incumprimento, o juízo de compatibilidade da norma jurídica, como dito, é exercido pelo TJUE, que interpreta o direito comunitário e o direito nacional de modo a assegurar a plena efetividade e uniformidade daquela ordem jurídica.

⁵⁰⁶ "European public power is not one that derives from the people, but one mediated through the states". CRAIG, Paul. **Constitutions, Constitutionalism, and the European Union**. In: European Law Journal. V. 7, Issue 2, 2001, p. 137.

Sendo assim, detectado que a norma jurídica interna não está em conformidade material com o direito comunitário, deve a norma nacional ceder – com a paralisação de seus efeitos jurídicos - em benefício do direito comunitário (princípio da primazia).

Observe-se que o juízo de comunitariedade bem como a interpretação da norma nacional são realizadas integralmente pelo TJUE, sem que haja qualquer participação do órgão jurisdicional nacional constitucionalmente autorizado a interpretar a ordem jurídica nacional.

Essa monopolização, no TJUE, do poder jurisdicional de realizar a interpretação e o juízo de compatibilidade normativa da norma nacional, é uma das causas da tensão existente entre Estados-membros e União Européia.

Isso porque o exercício da jurisdição pelo TJUE no âmbito da ação por incumprimento impõe aos Estados-membros obrigações que assumem a conotação de unilateralidade, ferindo, na visão dos Estados, sua soberania.

Como se demonstrou nesse trabalho, a União Européia é produto da atividade participativa e constante dos Estados-membros, os quais assumem e exercem papéis fundamentais na execução do projeto integracionista europeu.

Deve-se entender que a União Européia está a serviço dos Estados-membros, sendo equivocada a compreensão invertida dessa assertiva. Justamente em razão do processo de fertilização cruzada que ocorre na integração européia, que a atuação da União, inclusive por meio de seus mecanismos processuais de controle da higidez do direito comunitário - dentre eles a ação por incumprimento - nunca pode anular a influência das peculiaridades constitucionais de cada Estado-membro no processo de construção da integração.

Assim como os Estados-membros incorporam elementos do direito comunitário em sua prática normativa diária, deve a União Européia assimilar influências da ordem jurídica dos Estados-membros ainda que sob o pretexto de respeitar as identidades constitucionais daqueles Estados.

Neste sentido:

“[...] interaction in terms of multilevel governance influences the (identities of) member-states, this does not trounce upon sovereign individualities as such, because of a simultaneous sovereignty discourse. This is the conservative dynamic of interaction. When states (or rather, state executives) are communicating in the European arena, they are constantly constituting and reproducing their mutual quality as sovereign states, irrespective of their particular vision for the future of Europe”⁵⁰⁷.

Cabe portanto à União europeia por meio de suas instituições comunitárias equilibrar a tensão entre soberania estatal e integração comunitária. Decerto, esse equilíbrio deve estar presente em toda atuação da União, sobretudo em sua atuação jurisdicional.

Como afirmado anteriormente, o procedimento da ação por incumprimento não é formatado de modo a propiciar o equilíbrio, o respeito e a devida consideração do elemento da soberania dos Estados-membros. Em outras palavras, a formação procedimental da ação por incumprimento inviabiliza o influxo de subtrato constitucional proveniente das normas constitucionais.

Fica então o TJUE, quando da apreciação das ações por incumprimento, isolado na dinâmica da construção jurisdicional do direito comunitário e da integração europeia; o que poderia ser revertido com a convocação da participação das Jurisdições Nacionais no exercício jurisdicional prevista nos artigos 258 a 260 do TFUE.

⁵⁰⁷ AALBERTS, Tanja E. **Sovereignty Reloaded? A Constructivist Perspective on European Research.** In: The Constitutionalism Web-Papers: School of Law, University of Manchester, n. 2, 2005, p. 16.

É possível que a participação das Jurisdições Nacionais no processo decisório da TJUE no âmbito da ação por incumprimento permita a adequação dos resultados desse mecanismo processual aos limites impostos pela soberania estatal⁵⁰⁸, e, por consequência, poderia reduzir a tensão existente entre os Estados-membros e a União Européia.

Esclareça-se que inexistente motivo para alijar os Tribunais nacionais do processo decisório da ação por incumprimento, até porque, como já ficou claro, eles são considerados para todos os fins como tribunais comunitários com o poder de interpretar e aplicar as normas jurídicas do direito comunitário.

Tendo os tribunais nacionais a competência para, além de interpretar e aplicar as normas do direito nacional, interpretar e aplicar o direito comunitário, seriam eles peças-chaves à adequada formação do juízo de comunitariedade exercido no âmbito da ação por incumprimento.

Permitiria-se, com a participação das Cortes Constitucionais no processo decisório da ação por incumprimento, por exemplo, um equilíbrio nos subsídios hermenêuticos, haja vista que o TJUE tem tendência reconhecidamente pró-integração, o que poderia ser balanceado com a contribuição das Cortes Constitucionais a respeito de sua própria interpretação sobre o direito comunitário em autorizado cotejo com o direito nacional considerado contrário àquele.

Exemplo característico da essencialidade da participação das Cortes Constitucionais na ação por incumprimento estaria nas hipóteses em que se está diante de circunstância afeta aos direitos fundamentais, valor constitucional de extrema relevância para os Estados-membros⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ “[...] a los elementos del DCCE [direito constitucional comum europeu], se impone asimismo el respeto de SUS limites, entre los que se encuentra la soberania constitucional de cada nación y la individualidad de los respectivos Estados como factor condicionante de ‘lo común, dimanante todo ello de la diversidad cultural viva de Europa’”. HÄBERLE, Peter. **Derecho Constitucional Común Europeo**. In: Revista de estudios políticos, N° 79, 1993, p. 38.

⁵⁰⁹ GARCÍA, Isaac Ibañez. **Derechos fundamentales: Sobre cómo puede afectar negativamente el Derecho Comunitario a las previsiones constitucionales de los Estados miembros. Especial referencia a los derechos fundamentales**. Noticias de la Unión Europea, n° 249, 2005, pags. 33-50.

Os direitos fundamentais são normas constitucionais com alta carga valorativa e elevada abertura semântica, característica peculiar que exige especial rigor na atividade interpretativa. Por essa razão, apresenta-se eficaz a contribuição das Cortes Constitucionais por meio propostas valorativas e hermenêuticas.

É extremamente delicado o impacto na ordem constitucional dos Estados-membros de uma decisão do TJUE proferida no âmbito de uma ação por incumprimento que afete diretamente determinado direito fundamental previsto na Constituição.

Representam os direitos fundamentais ponto de enorme sensibilidade no edifício constitucional dos Estados-membros, de maneira que qualquer interferência na hiidez da tutela desses direitos proveniente de órgão supranacional não pertencente à organização constitucional dos Estados compromete seriamente a estabilidade do projeto integracionista.

A abetura semântica dos direitos fundamentais, a relevância desses direitos para a identidade constitucional dos Estados-membros, bem como a relevante função dos Tribunais Constitucionais em tutelar os direitos fundamentais confirmam a necessidade de participação dessas Cortes no processo decisório da ação por incumprimento.

Não só na tutela dos direitos fundamentais se identifica a necessidade de participação das Jurisdições Nacionais no procedimento da ação por incumprimento.

A normatividade da União Européia tem forte influência dos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade, os quais, a grosso modo, revelam o grau de controle que os Estados-membros pretendem exercer sobre o projeto integracionista.

Observe-se que o princípio da atribuição objetiva limitar de forma precisa a extensão das competências transferidas pelos Estados-membros para a União Européia. Por outro lado, o princípio da subsidiariedade dá ênfase à natureza finalista da integração dando preferência à atuação dos Estados em detrimento

da União, que só poderá atuar residualmente (subsidiariamente) em determinadas competências partilhadas.

Neste sentido, há claro interesse das Cortes Constitucionais dos Estados-membros em contribuir na construção da decisão a ser proferida na ação por incumprimento⁵¹⁰. E são duas as razões.

A primeira é que a operação de transferência de competências para a União Europeia é uma operação essencialmente jurídica que depende de adequação constitucional para sua viabilização. Sendo assim, as Cortes Constitucionais como legítimas guardiãs das Constituições nacionais podem e devem se pronunciar a respeito dos limites daquela transferência de competências e os critérios para seu válido exercício⁵¹¹.

Em segundo lugar, pode-se mencionar que a constatação da violação do direito comunitário pelo direito nacional depende sempre da verificação da adequação àqueles princípios. É impossível cogitar-se de incumprimento de norma comunitária que não respeite o princípio da atribuição ou que viole os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade.

Não é demais destacar que a participação das Cortes Constitucionais na construção da decisão do TJUE no âmbito da ação por inumprimento viabilizará a utilização de forma mais freqüente, legítima e lúcida da técnica da interpretação do direito nacional conforme o direito comunitário, não só porque o Tribunal europeu contará com a contribuição de mais um intérprete, o que, por certo, confere maior qualidade ao resultado final do julgamento; mas sobretudo porque a interpretação conforme o direito comunitário encontra limites na própria Constituição dos Estados-membros.

Neste sentido, o enlastecimento semântico e hermenêutico das normas nacionais com o fim de se adaptar aos parâmetros comunitários têm como

⁵¹⁰ GIORGI, Florence; TRIART, Nicolas. **National Judges, Community Judges: Invitation to a Journey through the Looking-glass - On the Need for Jurisdictions to Rethink the Inter-systemic Relations beyond the Hierarchical Principle**. In: *European Law Journal*. V. 14, Issue 6, 2008, p. 693-717.

limite do possível o alargamento aceitável pelo texto constitucional de cada país⁵¹².

É nesse instante que a participação dos Tribunais nacionais apresentam-se de extrema relevância, na medida em que contribuem para preservar a eficácia e legitimidade da norma jurídica nacional frente ao direito comunitário, sem que com isso decorra uma perda na efetividade desta ordem jurídica, que é a finalidade última da ação por incumprimento.

Cabe então às Cortes Constitucionais, em atuação construtiva e participativa juntamente com o TJUE, contribuir com elementos constitucionais referentes à integração para uma adequada realização do juízo de comunitariedade pelo Tribunal Europeu⁵¹³.

Pode-se ainda arriscar em afirmar que a participação das Cortes Constitucionais no processo decisório da ação por incumprimento permitiria, possivelmente, a redução do número de reenvios prejudiciais encaminhados ao TJUE, tendo em vista que a contribuição hermenêutica daqueles órgãos jurisdicionais contribuiria para que mais clara fosse a interação entre a ordem nacional e comunitária.

Destarte, apresentados os fundamentos substanciais para a implementação da técnica do diálogo institucional na ação por incumprimento, apresenta-se adequado identificar os fundamentos constantes nos Tratados (TUE e TFUE) que justificariam o diálogo entre o TJUE e as jurisdições nacionais no âmbito da ação por incumprimento.

⁵¹¹ CRAIG, Paul. **Constitutions, Constitutionalism, and the European Union**. In: *European Law Journal*. V. 7, Issue 2, 2001, p. 134.

⁵¹² GARCIA, Ricardo Alonso. **Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario**. In: *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 2, 2005, p. 155.

⁵¹³ HÄBERLE, Peter. **El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007**. In: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 9, Enero-Junio, 2008, p. 19.

6.1.2. *Fundamentos constantes nos Tratados (TUE, TFUE, declarações, protocolos e Carta dos Direitos Fundamentais)*

De modo a tornar cada vez mais concreta e possível a implementação da técnica do diálogo institucional no âmbito da ação por incumprimento, colhe-se também dos próprios Tratados elementos valiosos de suporte ao estabelecimento do diálogo na ação por incumprimento.

A começar pelo **princípio democrático** que foi reforçado após as alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa, com o intuito de reduzir o déficit democrático da União Europeia e seus processos, conforme consta no preâmbulo do TUE:

INSPIRANDO-SE no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito,

[...]

DESEJANDO reforçar o carácter democrático e a eficácia do funcionamento das instituições, a fim de lhes permitir melhor desempenhar, num quadro institucional único, as tarefas que lhes estão confiadas,

Não há dúvidas de que a União Europeia funda-se no valor da democracia que é comum entre os Estados-membros (artigo 2º TUE e Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

A legitimação democrática das atividades da União Europeia mediante o reforço do princípio da democracia tem forte tonalidade no espírito do Tratado de Lisboa. Neste sentido, o princípio da democracia é reforçado em Lisboa por duas vias, tanto a que dá expressão ao princípio da transparência (abertura), quanto a que busca aproximar os processos decisórios da União Europeia dos cidadãos dos Estados-membros.

Destarte, a primeira perspectiva diz respeito ao **princípio da abertura** que encontra previsão no art. 15, item 1 do TFUE:

Artigo 15.º

1. A fim de promover a boa governação e assegurar a participação da sociedade civil, a actuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura.

A inserção do princípio da abertura como disposição principiológica de aplicação geral na União Europeia tem clara finalidade de contemplar a dimensão do princípio democrático relacionado à transparência e controle dos atos públicos por aqueles que detêm em última instância o poder soberano: o povo.

Como se vê, o princípio da abertura busca uma maior participação da sociedade civil nos processos decisórios da União Europeia, participação essa que, no âmbito do TJUE, pode ser institucionalizada por meio das Cortes Constitucionais dos Estados-membros que detêm legítima competência constitucional para conferir a interpretação mais adequada às normas nacionais, bem como indicar a extensão semântica dessas normas aceita pelo texto constitucional de cada país.

O princípio da abertura aplicado ao procedimento da ação por incumprimento estimularia a realização do diálogo para materialização do princípio da abertura e do princípio da democracia.

Complementando a segunda perspectiva do princípio da democracia, o Tratado da União Europeia estabelece regra de suma importância para determinar, promover e estimular uma aproximação em todos os níveis de relacionamento entre a União Europeia e os Estados-membros.

A regra de que as **decisões devem ser tomadas de forma mais próxima possível dos cidadãos** (Preâmbulo do TUE e artigo 10, item 3 do TUE⁵¹⁴) é aplicável aos processos decisórios de todas as instituições comunitárias que devem se articular eficazmente para concretizar os objetivos daquela regra, seja provocando a participação de instituições nacionais na construção das decisões relacionadas à integração, seja aceitando a intervenção das instituições nacionais.

Exemplo clássico da implementação dessa regra no processo decisório da União Europeia está contido no Protocolo nº 2, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, no qual se estabelece mecanismo de controle a ser exercido pelos Parlamentos Nacionais. Tem-se aqui, conforme reforça o preâmbulo do Protocolo, clara influência da regra da preferência pelas decisões mais próximas dos cidadãos.

Não custa lembrar que essa regra é também extensível ao Tribunal de Justiça que, no exercício de sua jurisdição, em todos os mecanismos processuais disponíveis no contencioso comunitário, sobretudo na ação por incumprimento, deve privilegiar as práticas e técnicas mais propícias a viabilizar maior proximidade das decisões do TJUE com os cidadãos, os quais podem ser representados institucionalmente pelos Tribunais Nacionais legítima e soberanamente constituídos pelos textos constitucionais dos Estados-membros.

Em sequência, é possível ainda extrair dos Tratados, como fundamento a favor da técnica do diálogo institucional na ação por incumprimento, o **princípio da cooperação leal** previsto no artigo 4º, item 3 do TUE:

Artigo 4.º

⁵¹⁴ Preâmbulo TUE

RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade,
Artigo 10º - TUE

3. Todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União. As decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível.

3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Casado com o princípio da cooperação jurisdicional, o princípio da cooperação leal entre a União e os Estados-membros impõe às instituições comunitárias e nacionais uma assistência mútua quando do exercício das competências relacionadas à integração europeia.

O contorno normativo estruturante da União Europeia pressupõe a mútua assistência entre as instituições dos diversos níveis constitucionais (comunitário e nacional) na execução e realização do processo decisório. É portanto condição para uma adequada e legítima implementação dos objetivos da integração a existência da cooperação institucional, que, no contexto da União Europeia, desenvolve-se em larga medida pela técnica da diálogo institucional.

Por fim, cabe apontar elemento constante no bloco de normatividade da União Europeia que, a um só tempo, demonstra de forma inequívoca o elevado grau de interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacional (fertilização cruzada) e, sobretudo, revela a relevância das ordens jurídicas constitucionais dos Estados-membros para a execução e interpretação do direito comunitário.

A identidade nacional, as estruturas políticas e onstitucionais fundamentais dos Estados-membros são exaltadas no bloco de normatividade da União Europeia de maneira reiterada, dando o tom da influência das ordens jurídicas no direito comunitário.

São inúmeras as passagens em que os Tratados determinam que a interpretação e aplicação do direito comunitário devem observar necessariamente as disposições nacionais/constitucionais fundamentais.

É o que se observa dos seguintes dispositivos dos Tratados:

Artigo 4.º, item 2 do TUE

[...]

2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.

Artigo 6º, item 3 do TUE:

[...]

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Artigo 13 do TFUE:

Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.

Artigo 67 do TFUE:

1. A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros.

Cooperação Judiciária em matéria penal**Artigo 82º, item 2 do TFUE:**

[...]

2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.

Como se vê, as tradições e valores constitucionais dos Estados-membros atuam como limite explícito e concreto à interpretação e execução do direito comunitário.

Em reforço a essa determinação, observa-se que alguns Estados optaram por reafirmar em declarações anexas à ata final da conferência intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa a posição marcante de influência das ordens constitucionais dos Estados-membros sobre o direito comunitário.

Nesse sentido, mesmo de forma repetitiva e a respeito de um campo específico da integração, pode-se mencionar a declaração nº 56 da Irlanda a respeito do artigo 3.º do Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça:

A Irlanda afirma o seu empenho na União enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça que respeita os direitos fundamentais e os diversos ordenamentos e tradições jurídicas dos Estados-Membros e que proporciona aos cidadãos um elevado nível de segurança.

De forma bem mais contundente, a declaração nº 53 da República Checa sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de forma muito parecida à redação da declaração nº 1⁵¹⁵, aponta claramente a posição daquele país a respeito da influência de sua ordem constitucional na interpretação do direito comunitário:

3. A República Checa frisa que, na medida em que a Carta reconhece os direitos e princípios fundamentais que resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, esses direitos e princípios devem ser interpretados de acordo com tais tradições.

4. A República Checa salienta ainda que nenhuma disposição da Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União e pelas convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Deve-se ponderar que as ‘declarações’ dos Estados-membros em geral têm natureza puramente retórica, a uma porque não possuem carácter vinculante (eficácia jurídica); a duas porque o próprio preâmbulo da Carta de Direitos Fundamentais já determina o *“respeito pela diversidade das culturas e*

⁵¹⁵ “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que é juridicamente vinculativa, confirma os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”.

tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local”, e também reconhece que os direitos fundamentais decorrem das tradições constitucionais dos Estados-membros, estabelecendo ainda que “a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros”.

Daí se extrai que a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia traz a semente do necessário diálogo institucional entre o TJUE e os Tribunais nacionais haja vista que cabe àquela Corte compatibilizar o respeito pelas estruturas normativas fundamentais das constituições dos Estados-membros e, para o adequado exercício dessa exigência, absorver de forma construtiva a própria interpretação dada pelas Jurisdições Nacionais à Carta dos Direitos Fundamentais, a luz, claro, do parâmetro evolutivo dos direitos fundamentais alcançado na ordem constitucional interna.

Tal conclusão é confirmada pelos artigos 52 e 53 da Carta, ao trazerem disposições a respeito do âmbito e da interpretação dos direitos e seus princípios, bem como o nível de proteção conferido pelo documento:

Artigo 52º, item 4, 6 e 7:

Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios

4. Na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições.

[...]

6. As legislações e práticas nacionais devem ser plenamente tidas em conta tal como precisado na presente Carta.

7. Os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta.

Artigo 53º da Carta de Direitos Fundamentais:

Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Ora, ao menos no que diz respeito à interpretação e aplicação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, constata-se ser muito explícita a ilação no sentido de que a forma mais apropriada, e talvez a maneira mais autorizada de se interpretar a Carta de Direitos Fundamentais em harmonia com as tradições constitucionais dos Estados-membros, levando plenamente em conta as legislações e práticas nacionais; seja viabilizar a participação das Cortes Constitucionais na construção da decisão jurisdicional decorrente da ação por incumprimento.

Nenhuma outra interpretação da intenção dos senhores dos Tratados pode ser diferente daquela que pretende integrar em franca cooperação jurisdicional o TJUE e as Jurisdições nacionais na fiscalização da compatibilidade comunitária das normas nacionais, seja relacionada à suposta violação da Carta de Direitos Fundamentais, seja em relação à violação do resto do arcabouço normativo do direito comunitário.

Daí que, mais uma vez, constata-se que existem elementos nos Tratados favoráveis à implementação da técnica do diálogo no âmbito da ação por incumprimento.

Observe-se que a utilização de mecanismos de abertura procedimental, com destaque para a inclusão das Cortes Constitucionais dos Estados-membros no processo decisório e hermenêutico dos Estados-membros oferece ganhos

evidentes na harmonização da tensão entre a soberania e a integração, favorecendo à segurança jurídica, uniformidade e efetividade do direito comunitário⁵¹⁶.

Nesse sentido, convém demonstrar que a intervenção das Cortes Constitucionais no procedimento da ação por incumprimento já encontra respaldo, com pequenas adaptações, no artigo 24, item 2 e artigo 40 do Estatuto do Tribunal de Justiça – Protocolo nº 3:

Artigo 24º

O Tribunal de Justiça pode pedir às partes que apresentem todos os documentos e prestem todas as informações que considere necessárias. Em caso de recusa, o Tribunal regista-a nos autos.

O Tribunal pode também pedir aos Estados-Membros e às instituições, órgãos ou organismos que não sejam partes no processo todas as informações que considere necessárias à apreciação da causa.

Artigo 40º

Os Estados-Membros e as instituições da União podem intervir nas causas submetidas ao Tribunal de Justiça.

É reconhecido o mesmo direito aos órgãos e organismos da União e a qualquer pessoa, desde que demonstrem interesse na resolução da causa submetida ao Tribunal.

[...]

Valendo-se dos dispositivos transcritos, nota-se que o Estatuto do Tribunal de Justiça oportuniza – mesmo que indiretamente – a implementação da técnica do diálogo na ação por incumprimento tanto de forma ativa (solicitação de manifestação dos Tribunais nacionais pelo TJUE – art. 24, item 2) quanto passiva (iniciativa de intervenção das próprias Cortes Constitucionais – art. 40).

⁵¹⁶ Em sentido próximo: WEILER, Joseph H. H. **The Essential (and would-be Essential) Jurisprudence of the European Court of Justice: Lights and Shadows too.** In: SAUNDERS, Von

Seja de forma ativa ou passiva, CARTABIA, em observação de extrema perspicácia, vislumbra na natureza da intervenção dos Tribunais nacionais no processo decisório do TJUE típica função de *amicus curiae*, quando diz que: "In a way a constitutional court [...] could be considered as a qualified 'amicus curiae' of the Court, bringing arguments useful for the decision"⁵¹⁷.

Ora, a admissão de *amicus curiae* no âmbito da ação por incumprimento confere ao processo decisório do TJUE uma dimensão diferenciada, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, o que é fundamental para o reconhecimento dos direitos e a realização das garantias constitucionais tal como previstos nos textos constitucionais de cada Estado-membro, na forma de suas tradições e identidades nacionais⁵¹⁸.

O juízo de comunitariedade exercido na ação por incumprimento não ocorre sobre normas fechadas, mas sim sobre normas carregadas de conteúdo valorativo cuja extensão semântica é fortemente influenciada, como dito, pelas tradições, experiências e identidade nacional de cada país. Trata-se de um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução.

Não há dúvidas de que o juízo de comunitariedade exercido na ação por incumprimento deve ser realizado de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades, as quais só podem ser plenamente fornecidas de forma adequada pelos Tribunais nacionais dos Estados-membros.

Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 125.

⁵¹⁷ CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously**. In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 26.

⁵¹⁸ "Las Constituciones 'vivas', como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las 'informaciones' culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevidas". HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional europeo**. In: Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana del Derecho Constitucional, n. 2, enero-junio, 2000, p. 89.

Essa nova realidade enseja, além do amplo acesso das Cortes Constitucionais ao processo decisório do TJUE, a possibilidade efetiva de as Cortes Constitucionais poderem apresentar múltiplas perspectivas a respeito de determinado suposto incumprimento do direito comunitário, que, acima de tudo, deve também ser analisado sob a influência dos valores constitucionais dos Estados-membros⁵¹⁹.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo com as Cortes Constitucionais, o TJUE passa a contar, com auxílio dos *amicus curiae*, com benefícios hermenêuticos diferenciados e mais amplos que regularmente teria se caminhasse sozinho no processo decisório.

Essa inovação na técnica de decisão do TJUE, inserindo as Cortes Constitucionais na construção cooperativa da solução jurídica constante no acórdão da ação por incumprimento, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal, assegurando então maior efetividade ao direito comunitário⁵²⁰.

A admissão de *amicus curiae* confere à ação por incumprimento uma dimensão mais pluralista e aberta, fundamental para harmonizar a União Europeia e atuação de suas instituições comunitárias, dentre elas o TJUE, com os anseios soberanos dos Estados-membros.

Ademais, a participação das Cortes Constitucionais no âmbito da ação por incumprimento pavimenta a estrada da elevação da efetividade deste mecanismo processual e, por consequência, do direito comunitário, servindo de maneira fundamental aos objetivos da integração europeia.

⁵¹⁹ Em sentido próximo, para aprofundamento a respeito da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁵²⁰ Observa-se que a construção cooperativa da solução jurídica da ação por incumprimento encontra resíduos teóricos na teoria constitucional da tolerância, de WEILER, que consiste na aceitação/tolerância de decisões na medida em que há participação das partes envolvidas: WEILER, Joseph, H. H. **In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg**. In: WIND, Marlene; WEILER, JHH. *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: University Press Cambridge, 2003, p. 20.

7. CONCLUSÕES

1. A integração dos países do continente europeu vem se desenvolvendo progressivamente desde os anos 50 mediante a constituição de Comunidades (CECA, CEE, CEEA, etc.) autônomas e de convivência paralela, cada uma delas com sua própria personalidade jurídica, suas próprias instituições, espaços de atividade e competência conforme seu Tratado instituidor.
2. A formação dessas Comunidades resultou na criação de uma ordem jurídica autônoma essencialmente distinta do direito internacional clássico.
3. A transferência de competências promovida pelos Estados-membros em favor do órgão internacional assumiu o molde jurídico do tipo supranacional.
4. O direito comunitário é a expressão jurídica das Comunidades. Ao passo que o contencioso comunitário é a expressão adjetiva, procedimental e processual da ordem jurídica comunitária.
5. A viabilização dos objetivos da integração dependia fortemente da instituição e formatação de mecanismos aptos a garantir a tutela efetiva da ordem jurídica comunitária.
6. Optou a integração europeia pela solução jurisdicional das questões e controvérsias jurídicas da integração ao eleger o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como instituição comunitária para realizar a função de tutela da ordem jurídica.
7. É possível constatar até quatro elementos formativos da noção do contencioso comunitário: (i) elemento material; (ii) elemento orgânico; (iii) elemento processual e (iv) elemento funcional.

8. O elemento material designa o conjunto de litígios cuja resolução convoca a aplicação de normas comunitárias.
9. O elemento orgânico é formado pelas vias de direito e as regras de processo aplicáveis perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).
10. Admite-se, sob um ponto de vista amplo, a inclusão dos tribunais nacionais no elemento orgânico do contencioso comunitário.
11. O elemento processual é representado pelos tipos de ações e recursos existentes na União Europeia, sobretudo no que diz respeito à formatação dos procedimentos, estruturação dos atos processuais e princípios regentes.
12. O elemento funcional evidencia a estrutura funcional jurisdicional da União Europeia.
13. Defende-se uma noção ampla do contencioso comunitário nele identificando todos os elementos abordados.
14. A finalidade do contencioso comunitário é a salvaguarda da ordem jurídica comunitária.
15. Para atingir essa finalidade criou-se no âmbito do direito processual comunitário, competências específicas perante o TJUE e diversos mecanismos processuais que buscam controlar o respeito à legalidade comunitária, dentre eles destaca-se a ação por incumprimento.
16. São variadas as possibilidades subjetivas de violação do direito comunitário: particulares, instituições comunitárias e Estados-membros.
17. Para cada infrator e espécie de infração o direito comunitário apresenta um tipo de solução processual correspondente, atuando os mecanismos processuais de forma descentralizada mas complementar.

18. A fiscalização da legalidade comunitária ocorre tanto pelo controle das atividades estatais – inclusive normativas – contrárias à ordem jurídica supranacional, como pelo controle das atividades da União Européia, devendo ambas estar em consonância com a citada ordem jurídica comunitária.

19. O objeto de controle da ação por incumprimento é o comportamento omissivo ou comissivo dos Estados-membros.

20. A Comissão da União Européia é responsável por velar a aplicação dos Tratados e controlar a aplicação do direito da União.

21. Toda e qualquer manifestação ativa ou passiva dos Estados-membros é permanentemente fiscalizada para que sempre guardem o maior grau possível de compatibilidade com a ordem jurídica comunitária.

22. A ação por incumprimento representa o meio processual comunitário por meio do qual se viabiliza a constatação de inconsistências e incompatibilidades entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica comunitária.

23. A constatação/declaração do incumprimento representa a finalidade imediata da ação por incumprimento. Sua finalidade última é a reversão da situação desconforme ao direito comunitário com a eliminação definitiva da incompatibilidade detectada, posicionando-se o Estado, novamente, em uma situação conforme com o direito comunitário.

24. A ação por incumprimento tem sempre seu foco de controle e fiscalização da atuação dos Estados-membros. Atuação esta que necessariamente será colocada em permanente confronto com um parâmetro normativo que será a referência do controle da compatibilidade a ser realizada.

25. O padrão de valoração do comportamento estatal é comumente designado como o bloco de legalidade comunitária.

26. A compreensão do incumprimento depende necessariamente do entendimento da complexidade e da dimensão do bloco de comunitariedade.

27. O bloco de comunitariedade é constituído pelo direito comunitário originário/primário representado não só pelos Tratados, seus anexos e protocolos como também pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

28. As decisões do TJUE que interpretam os Tratados e a Carta de Direitos Fundamentais também integram o bloco de comunitariedade originário. De igual maneira, segundo alguns autores, alguns princípios não escritos inerentes à integração.

29. O direito comunitário derivado extrai seu fundamento de validade do direito comunitário primário.

30. As normas secundárias do direito comunitário são aquelas produzidas no âmbito da União Europeia pelas instituições comunitárias.

31. As decisões do TJUE que interpretam e aplicam o direito comunitário derivado integram o bloco de comunitariedade.

32. O incumprimento resulta da violação de qualquer norma ou princípio que integre a ordem jurídica comunitária.

33. O confronto entre o comportamento estatal e a ordem jurídica comunitária, ou melhor, do juízo de compatibilidade decorrente deste confronto que surge a noção de cumprimento ou incumprimento.

34. A ação por incumprimento assume a função de instrumentalizar o controle da compatibilidade dos atos estatais em relação a toda a ordem

jurídica comunitária, viabilizando então a identificação pelo e perante o TJUE da existência ou não do incumprimento.

35. O fundamento teórico-jurídico do controle exercido pela ação por incumprimento está na fórmula da primazia do direito comunitário em relação ao direito nacional e da aplicabilidade direta do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros.

36. Os princípios da primazia e da aplicabilidade direta são princípios funcionais supranacionais básicos necessários à própria existência da ordem jurídica comunitária.

37. O princípio do primado e o princípio da aplicabilidade direta são fruto de dois julgamentos históricos do TJUE (então TJCE) nos anos 60, respectivamente: *Flaminio Costa v, E.N.E.L* (Processo TJUE nº 6/64, de 15 de julho de 1964) e *Van Gend & Loos v, Netherlands Inland Revenue Administration* (Processo TJUE nº 26/62, de 5 de fevereiro de 1963).

38. Na ordem jurídica comunitária transfere-se para o próprio direito comunitário o poder de regular a relação de prevalência entre a legislação nacional e a legislação comunitária (princípio do primado).

39. Dada a manifestação da jurisprudência e parte da doutrina da primazia absoluta do direito comunitário inclusive sobre as normas constitucionais, é possível afirmar que Os juízes nacionais – assim como todos os agentes estatais – estão vinculados ao direito comunitário por uma obrigação mais forte (*‘higuer obligation, stärkere bindung’*) do que as leis e a Constituição de seu próprio Estado.

40. A relação de primazia do direito comunitário sobre os direitos nacionais não se estabelece numa perspectiva de superioridade hierárquica entre uma ordem jurídica sobre outra.

41. A consequência jurídica largamente aceita pela doutrina e há muito sustentada pelo TJUE seria a mera inaplicabilidade do direito nacional

contrário à ordem jurídica comunitária. A relação de incompatibilidade estaria no plano da eficácia e não no plano da validade ou existência da norma jurídica.

42. O primado produz efeito bloqueador, paralisando a eficácia das normas internas dos Estados-membros, anteriores ou posteriores, contrárias à disposição comunitária; criando o dever negativo de não inserir no sistema jurídico interno normas jurídicas em conflito com a ordem comunitária; bem como impondo, como corolário do primado, a interpretação conforme do direito nacional em conformidade com o direito comunitário.

43. Existe a sanção de ineficácia/inaplicabilidade e não a sanção de nulidade da norma interna contrária.

44. Relativamente ao princípio da aplicabilidade direta, tem-se que as regras do direito comunitário prescritas pelos Tratados ou provenientes dos procedimentos legislativos estabelecidos nos Tratados devem ser plenamente aplicadas ao mesmo tempo e com efeitos idênticos sobre toda a extensão da União Europeia, sem que os Estados-membros possam opor qualquer obstáculo.

45. A aplicabilidade direta do direito comunitário é especialmente relevante para os cidadãos da União Europeia já que a eficácia imediata da norma comunitária na ordem jurídica interna dos Estados-membros assegura também a imediata integração ao patrimônio jurídico dos indivíduos europeus dos direitos previstos nas disposições comunitárias.

46. O princípio da primazia e o princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário objetivam desvincular a eficácia da ordem jurídica comunitária de qualquer comportamento administrativo, legislativo ou judicial dos Estados-membros.

47. A primazia e a aplicabilidade direta - por viabilizarem a manutenção da autoridade normativa da ordem jurídica comunitária perante o direito

nacional dos Estados-membros – têm fundamental importância para a ação por incumprimento, que, em última análise, almeja a preservação da prevalência do direito comunitário, bem como sua integral e concreta eficácia e aplicação.

48. A violação pelos Estados-membros das obrigações que lhes incumbem por força das normas do direito comunitário pode, naturalmente, resultar de ação ou omissão imputável ao Estado.

49. A modalidade ativa do incumprimento (incumprimento por ação) é representada por comportamentos comissivos estatais, ou seja, condutas estatais na ordem interna que se colocam em contrariedade com o direito comunitário.

50. O incumprimento por omissão caracteriza-se pela recusa ou abstenção do Estado-membro em cumprir obrigação assumida nos Tratados.

51. A execução tardia de uma obrigação comunitária não importa no desaparecimento do incumprimento, sendo tal comportamento estatal intempestivo ainda passível de censura pela via da ação por incumprimento, porquanto tratar-se de incumprimento atempado.

52. O descumprimento pelos Tribunais Superiores Nacionais da obrigação de suscitar questões prejudiciais ao TJUE representa hipótese típica de incumprimento por omissão praticado pelo Poder Judiciário dos Estados-membros.

53. A Comissão Europeia tem por política a não utilização contumaz da ação por incumprimento contra atos do poder judiciário nacional, porquanto se tratar de área sensível da soberania dos Estados-membros.

54. A regra é que toda e qualquer manifestação de contrariedade e violação da legalidade comunitária pelos Estados-membros seja passível de correção por meio da ação por incumprimento.

55. Além da limitação da utilização da ação por incumprimento para casos de extrema gravidade, o Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE) traz expressamente outra hipótese de não cabimento da ação por incumprimento, consistente na impossibilidade de controle dos déficits orçamentais e da dívida pública dos Estados.

56. A jurisprudência do TJUE firmou no sentido de que o Estado-membro tem legitimidade passiva para responder por incumprimentos praticados por qualquer órgão constitucionalmente independente.

57. A amplitude da noção de Estado tem relação diretamente proporcional com as hipóteses de comportamento passíveis de repressão/controle pela ação por incumprimento.

58. O TJUE adotou posição extremamente ampla quanto à noção de Estado com o intuito de elevar o nível de tutela da ordem jurídica comunitária

59. Responde o Estado-membro pelos incumprimentos praticados tanto pelas instituições constitucionalmente independentes como pelos organismos não integrantes da estrutura orgânica estatal, mas que tenham forte vínculo com a função estatal.

60. Exclui-se do âmbito de tutela da ação por incumprimento os comportamentos contrários ao direito comunitário praticados exclusivamente pelos particulares sem qualquer vínculo ou pertinência com a atividade ou a função estatal.

61. O Estado-membro poderá ser acionado como sujeito passivo na ação por incumprimento em razão de diversos tipos de atos violadores

do direito comunitário, e cuja origem sejam ou não provenientes diretamente de sua estrutura orgânica.

62. A base normativa principal da ação por incumprimento encontra-se nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

63. Do ponto de vista da concepção do procedimento a ação por incumprimento assume característica peculiar representada por um modelo bipartido do procedimento da ação por incumprimento no qual se observa uma etapa marcadamente extrajudicial e administrativa (fase pré-contenciosa), e outra fase essencialmente judicial do procedimento, que se desenvolve perante o TJUE (fase contenciosa).

64. A fase pré-contenciosa da ação por incumprimento, na verdade, representa a instituição de etapa extrajudicial obrigatória, de natureza conciliatória, a fim de afastar o potencial conflito entre o comportamento estatal e o direito comunitário.

65. A fase pré-contenciosa inicia-se com suspected infringement, caracterizada pela comunicação à Comissão de possíveis incumprimentos. Após, identificada pela Comissão a potencialidade da violação, a instituição comunitária encaminha notificação contendo pedido de explicações ao Estado-membro.

66. É na notificação endereçada aos Estados-membros que deve constar os elementos delimitadores do futuro contencioso, delimitando-se a matéria fática e jurídica da controvérsia.

67. É contra a situação de ilegalidade apontada pela Comissão que o Estado-membro apresentará suas observações (defesa), podendo, caso entenda pertinente, regularizar sua situação, evitando que se submeta às demais etapas da ação por incumprimento.

68. Mantido o incumprimento a Comissão elaborará parecer fundamentado, que é o ato que encerra a fase pré-contenciosa da ação por incumprimento e pavimenta as bases para a fase seguinte, que será a judicial, no caso de persistência da situação de incumprimento.

69. O parecer fundamentado é peça fundamental e de extrema relevância no procedimento da ação por incumprimento porquanto produz efeitos jurídico-processuais importantes na demanda comunitária visto que promove a definitiva estabilização objetiva da ação por incumprimento.

70. Persistido o incumprimento após o parecer fundamentado está a Comissão juridicamente autorizada a iniciar a fase judicial da ação por incumprimento perante o TJUE.

71. A existência da fase pré-contenciosa configura pressuposto processual de validade da ação por incumprimento. No entanto, o TFUE estabelece algumas hipóteses em que se admite a supressão da fase pré-contenciosa autorizando-se o acesso direto ao TJUE pela via da ação por incumprimento (supressão da fase pré-contenciosa).

72. A importância do funcionamento do mercado interno europeu para a União Europeia somada à urgência da repressão de comportamentos contrários ao direito comunitário orientam a opção do legislador comunitário originário para suprimir a fase pré-contenciosa em algumas circunstâncias.

73. Na fase contenciosa, a judicialização experimentada pela controvérsia comunitária importa na submissão da ação por incumprimento às normas jurídicas comunitárias que regem a tramitação dos processos no âmbito do TJUE.

74. A concatenação dos atos processuais da ação por incumprimento perante o TJUE destina-se a viabilizar que o Tribunal de Justiça seja

apto a proferir um provimento jurisdicional que encerra a ação por incumprimento.

75. O pronunciamento final do TJUE no âmbito de qualquer mecanismo processual perante o Tribunal, como também na ação por incumprimento, é representado pelo provimento jurisdicional chamado de acórdão.

76. O acórdão materializa o entendimento sobre a existência ou não da incompatibilidade entre a atuação normativa do Estado-membro e a ordem jurídica comunitária.

77. O acórdão na ação por incumprimento pode ter dois resultados distintos: declara inexistência de incumprimento ou declara a existência do incumprimento.

78. A declaração da inexistência do incumprimento no acórdão tem conteúdo puramente declaratório. Por outro lado, a declaração pelo acórdão do TJUE de eventual incumprimento praticado pelo Estado-membro produz efeitos jurídicos relevantes a serem considerados no pronunciamento jurisdicional.

79. A compreensão a respeito do conteúdo jurídico do acórdão que constata o incumprimento tem origem na própria literalidade dos dispositivos normativos que conceberam a ação por incumprimento.

80. Há profícua produção jurisprudencial e doutrinária no sentido de que o acórdão do TJUE na ação por incumprimento produz efeito meramente declaratório. Nenhuma outra providência, manifestação ou determinação poderia ser inserida no dispositivo do acórdão orientada a eliminar o incumprimento.

81. O acórdão produz efeitos ex tunc imprimindo em todas as relações jurídicas constituídas ao tempo do estado de incumprimento declarado, uma marca indelével de contrariedade ao direito comunitário.

82. A extensão subjetiva dos efeitos do acórdão que julga a ação por incumprimento é de natureza erga omnes, irradiando eficácia por todo o espaço jurisdicional da União Europeia.

83. A jurisprudência do TJUE evoluiu e passou a identificar no conteúdo do acórdão na ação por incumprimento aspectos até então não explorados, alargando aquele conteúdo outrora meramente declaratório, e, por consequência, a própria produção dos efeitos do provimento jurisdicional em relação ao Estado-membro e, sobretudo, os cidadãos europeus.

84. O alargamento do conteúdo do acórdão da ação por incumprimento (efeitos jurídicos) importou no reconhecimento: (i) da proibição de aplicação da norma jurídica contrária ao direito comunitário; (ii) na obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente; (iii) da obrigação de eliminar o incumprimento retroativamente; (iv) da responsabilização do Estado-membro pelos danos causados aos particulares em virtude do incumprimento e (v) da obrigação de revogar a norma nacional contrária ao direito comunitário.

85. Apesar da evolução dos efeitos do acórdão na ação por incumprimento, o TJUE não assumiu a competência de determinar com precisão em seu provimento quais as medidas deveriam ser adotadas pelo Estado-membro infrator para eliminar o incumprimento.

86. Na visão do Tratado e do TJUE, é o Estado-membro quem deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão, sobretudo no que diz respeito à eliminação do incumprimento e ao alinhamento das condutas estatais aos ditames normativos da ordem jurídica comunitária.

87. Se da relação entre o direito comunitário e o direito nacional não se manifesta a invalidação deste em razão de contrariedade com aquele, seria de todo inconcebível admitir-se que do julgamento da ação por

incumprimento pelo Tribunal extrair-se-ia o efeito nulificador de normas internas.

88. A Corte não detém competência para anular atos praticados pelas autoridades (legislativas, judiciais e administrativas) dos Estados-membros.

89. A consequência adequada do acórdão que declara o incumprimento de Estado-membro seria a efetiva e irrestrita aceitação pelo Estado-membro dos termos fixados no provimento judicial prolatado, executando-se de imediato o acórdão mediante a supressão da ilegalidade.

90. A prática da integração europeia demonstrou que a concepção inicial, presente na antiga Comunidade Económica Europeia (CEE), no que diz respeito ao cumprimento do acórdão proferido na ação por incumprimento apresentava-se ineficaz para assegurar a legalidade comunitária.

91. No âmbito da CEEA e da CEE, em contraposição à eventual inexecução do acórdão pelos Estados-membros não previam os Tratados qualquer espécie de técnica processual destinada a assegurar a eficácia do provimento judicial e, por consequência, do direito comunitário.

92. Visando preencher essa lacuna, o Tratado de Maastricht de 1992, alterou significativamente a disciplina da ação por incumprimento, passando a ter a sua disposição a ação por incumprimento de segundo grau como mecanismo processual adicional para potencializar a tutela da eficácia da ordem jurídica comunitária.

93. A estruturação procedimental da ação por incumprimento de segundo grau é praticamente idêntica àquela prevista para ação por incumprimento que a precede, havendo tanto a fase pré-contenciosa como a fase contenciosa , resultando esta em novo acórdão a ser

proferido pelo Tribunal declarando a não execução de seu acórdão incumprido.

94. A diferença essencial está na possibilidade concreta de a Comissão propor ao TJUE, quando da fase contenciosa da ação por incumprimento do segundo grau, a aplicação ao Estado-membro de sanção consistente em quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória.

95. A instituição da ação por incumprimento de segundo grau constituiu fator importante de pressão sobre o Estado infrator.

96. Com o Tratado de Lisboa, os Estados-membros optaram por acrescentar aos poderes da Comissão da União Europeia assim como do Tribunal de Justiça a possibilidade de – em determinado tipo de incumprimento (ausência de comunicação das medidas de transposição das diretivas comunitárias) – já indicar na primeira ação por incumprimento quais seriam as sanções pecuniárias que entende adequadas e o montante delas, dispensando-se portanto a necessidade de propositura da ação por incumprimento de segundo grau para viabilizar a aplicação das sanções pecuniárias aos Estados-membros infratores.

97. A raiz de parcela da ineficácia da ação por incumprimento pode ser identificada na própria formulação do procedimento da ação por incumprimento (rigorosa, formal e dependente dos Estados-membros), como também na aceitação pelos Estados-membros da autoridade e legitimidade da ordem jurídica comunitária e de suas instituições, no caso a Comissão e o Tribunal de Justiça, diante da ordem constitucional daqueles países europeus.

98. A análise do relatório anual sobre o controle da aplicação do direito comunitário e o relatório anual das estatísticas judiciais do Tribunal de Justiça, nota-se que há significativa resistência dos Estados-membros em restaurarem a legalidade comunitária, e ainda existem 195 acórdãos proferidos pelo TJUE pendentes de execução.

99. Apesar dos números constantes nos relatórios, não se pode afirmar que a União Europeia sofre de sério, sistêmico e patológico déficit de incumprimento.

100. Apesar disso, a atual estruturação do procedimento da ação por incumprimento é caracterizada por dois fatores críticos: (i) a excessiva dependência com relação aos Estados-membros para darem efetividade ao conteúdo do acórdão e (ii) ausência de poderes do Tribunal ou técnicas processuais adequadas para assegurarem o cumprimento dos provimentos jurisdicionais prolatadas no âmbito das ações por incumprimento.

101. Deve-se buscar como alternativa seria a construção e utilização de técnica processual no âmbito da ação por incumprimento que não exija a alteração dos Tratados, e que tenha a virtude de compatibilizar este mecanismo processual com a lógica ou método jurídico que rege a relação entre as ordens comunitária e nacional.

102. A compreensão da lógica jurídica que disciplina a relação entre essas ordens revela-se de fundamental importância para se analisar com mais clareza a eficácia da ação por incumprimento e de seu regime sancionador.

103. Os institutos processuais recebam tratamentos jurídicos compatíveis com os fundamentos básicos da estrutura jurídica a que pertencem.

104. A estrutura supranacional criada pela integração europeia nem pode ser definida como uma Federação, nem pode ser entendida como uma organização internacional clássica nos termos do direito internacional público.

105. A União Europeia é um organismo internacional sui generis e híbrido. Ela constitui organismo paraestatal com contornos de profunda

complexidade que não podem ser reduzidos a uma análise pautada em apenas duas categorias jurídicas estanques: intergovernamental e supranacional.

106. A União Europeia vive em constante tensão dialética entre a integração e a individualidade/soberania de cada um dos Estados-membros.

107. Para a tensão dialética existente entre integração e soberania, a ordem jurídica edificada em razão da integração desenvolve-se na medida do regime de delimitação de competências da União Europeia.

108. O direito comunitário exerce sua normatividade exclusivamente sobre os espaços de competências transferidos pelos Estados-membros à União Europeia (princípio da atribuição e controle das áreas em que há limitação de soberania).

109. O princípio da atribuição a norma jurídica que estabelece os limites do exercício dos poderes transferidos dos Estados-membros para a União Europeia.

110. A União Europeia não pode dispor sobre sua própria competência, carecendo de Kompetenz-Kompetenz.

111. São três as espécies de competência transferidas pelos Estados-membros à União Europeia: competências exclusivas, competências partilhadas/concorrentes e competências complementares.

112. Nas competências exclusivas da União opera-se uma renúncia integral dos Estados-membros em disciplinarem determinados espaços jurídicos.

113. Nas competências partilhadas o Estados-membros exercem poder normativo de forma partilhada e conjunta com a União Europeia, sendo

ambos titulares daquelas competências, sendo certo que não há exercício concomitante daquelas competências por seus titulares.

114. Nas competências partilhadas, em razão do princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade, dá-se rigorosa preferência à intervenção dos Estados-membros nas matérias elencadas no artigo 4º do TFUE.

115. O princípio da proporcionalidade tem por função impor limites razoáveis à atuação da União no contexto das competências partilhadas.

116. O princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade no contexto da integração europeia é de enorme importância, haja vista que insere os Estados-membros na formação do direito comunitário por meio da integração da ordem jurídica interna à ordem comunitária.

117. No âmbito das competências partilhadas, desde que eficientes os Estados-membros em atingir por meio de suas legislações internas os objetivos perseguidos pela integração, não há sentido para a intervenção da União.

118. Há intensa relação/interação existente entre a União Europeia e os Estados-membros, assim como entre suas ordens jurídicas.

119. A origem do direito comunitário e os espaços em que se dará sua atuação têm origem genética na ordem jurídico-constitucional dos Estados-membros.

120. A viabilização da transferência de competências dependeu rigorosamente da inserção das cláusulas de abertura ou cláusulas de integração nas constituições de cada Estado-membro.

121. Autorizados constitucionalmente os Estados-membros pelas cláusulas de integração, é no corpo dos Tratados constitutivos da União

Européia (direito comunitário originário) que os Estados delimitaram e precisaram no plano supranacional quais as competências seriam efetivamente atribuídas à União, quais os limites e condições para o seu exercício, e, por fim, quais seriam os direitos e obrigações da União, dos Estados-membros e dos indivíduos diante daquela nova ordem jurídica.

122. As cláusulas de integração denotam forte vínculo jurídico entre a ordem constitucional dos Estados-membros e os Tratados instituidores da União Europeia.

123. A 'lei de aprovação' que internaliza as disposições do Tratado (direito comunitário originário) na ordem constitucional de cada Estado-membro.

124. O processo de comunicação e interação entre as ordens jurídicas nacional e comunitária é intenso e constante, não se limitando ao processo de abertura e incorporação (lei de aprovação).

125. No campo das competências exclusivas o modelo de interação é o da complementariedade, ao passo que na esfera das competências partilhadas o modelo de interação é de acumulação.

126. Há um estado de abertura constante e permanente entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais (interdependência e interpenetração).

127. A interação entre as ordens jurídicas envolvidas na integração europeia assume feição extremamente singular por colocar-se em inédita e profunda relação de mutualismo jurídico, constituindo-se verdadeira relação de interdependência horizontal e complexa entre ordens jurídicas, superando-se então o conceito de hierarquia normativa.

128. A relação entre as ordens comunitária e nacional assemelhasse a uma estrutura de rede, num processo de 'fertilização cruzada'.

129. A ordem jurídica comunitária integra em diversos graus o direito interno dos Estados-membros , assim como o direito interno, de certa forma, integra a ordem jurídica comunitária.

130. O direito comunitário pode ser considerado como subsistema integrante de um sistema jurídico maior composto também por outros subsistemas jurídicos constituídos pelas ordens jurídicas internas dos Estados-membros, os quais têm relação de horizontalidade e intercomunicações constantes com o citado subsistema comunitário ('fertilização cruzada').

131. O direito comunitário assim como o direito nacional dos Estados-membros fazem parte de um único bloco normativo aplicável aos Estados-membros, aos cidadãos europeus e à própria União Européia.

132. Essa percepção de interação, consolida a noção de Direito Constitucional Comum Europeu que representa a fusão ou identificação no contexto do constitucionalismo europeu e dos Estados-membros um núcleo constitutivo comum, apesar das variantes constitucionais de cada país.

133. O Direito Constitucional Comum Europeu seria então um denominador comum entre o direito comunitário e o direito constitucional de cada um dos Estados-membros, exigindo assim intensa interação entre essas ordens respeitando a individualidade de cada uma delas.

134. à luz do direito constitucional comum europeu a soberania é dividida em dois ou mais níveis, resultando assim no 'constitucionalismo multinível'.

135. O constitucionalismo multinível parte do pressuposto de que o grau de integração e interdependência entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais é tão intenso e singular que se passa a visualizar uma ordem constitucional de núcleo comum com repartição dos poderes soberanos em diversos níveis.

136. O constitucionalismo multinível pressupõe um processo contínuo de construção da ordem constitucional formada por todos os níveis de atuação política em exercício de poderes soberanos.

137. O constitucionalismo dos Estados-membros é de profunda relevância para o constitucionalismo comunitário por conferir a este legitimidade e valores fundamentais.

138. Caracterizando uma via de mão dupla, a participação de um Estado na União Europeia afeta diretamente o constitucionalismo daquele Estado (emendas e mutação constitucional).

139. Deve-se rejeitar as aproximações teóricas que se restringem a analisar a dinâmica da interação normativa ou sob a ótica exclusiva dos Estados-membros (supremacia constitucional), ou sob a ótica exclusiva comunitária (primazia do direito comunitário).

140. A integração europeia e mais especificamente a União desenvolveu-se com a utilização consistente da técnica do diálogo institucional entre as instituições comunitárias e as instituições dos Estados-membros para viabilizar a execução de seus objetivos e, sobretudo, para a legitimação da atuação da União e seu direito correspondente.

141. Exemplos da técnica do diálogo institucional: participação das instituições nacionais na formação do direito comunitário e de sua revisão; participação das instituições nacionais na adesão de novos Estados-membros à União Europeia; participação das instituições nacionais no abandono/retirada da União Europeia; duplo papel institucional exercido pelo cidadão da União Europeia; cabe às instituições dos Estados-membros zelar pela efetiva aplicação em seus territórios do direito comunitário originário e derivado; espécie legislativa conhecida por diretiva; representantes dos Estados-membros em

instituições comunitárias ('teoria constitucional do duplo chapéu'); forma de escolha dos juízes do TJUE e dos advogados-gerais; Sistema Europeu de Bancos Centrais ('SEBC'); participação dos Parlamentos Nacionais nos processos decisórios; reenvio prejudicial e atuação dos Tribunais Nacionais como legítimos tribunais comunitários.

142. O diálogo e a interação desenvolvida entre as instituições jurisdicionais comunitárias e dos Estados-membros opera-se tendo como parâmetro teórico a concepção até então apresentada para esclarecer a interação entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais, qual seja, a técnica do diálogo institucional cooperativo fortemente presente nas atividades da União Européia.

143. A interação entre as instituições jurisdicionais comunitárias e nacionais rege-se preponderantemente pelo método da cooperação.

144. Todas as instituições sejam comunitárias ou nacionais, inclusive as jurisdicionais, são integral e conjuntamente responsáveis pelo processo de construção do constitucionalismo europeu, formado pelo constitucionalismo comunitário e nacional.

145. A efetividade da atuação do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) depende rigorosamente das técnicas processuais por ele empregados.

146. Apresenta-se crucial compreender a importância do diálogo institucional cooperativo a ser realizado entre o TJUE e as jurisdições nacionais, cuja implementação assume ou assumirá a forma de técnica processual específica a ser utilizada no contencioso comunitário europeu.

147. O diálogo institucional cooperativo não é nem deve ficar restrito ao mecanismo processual do reenvio prejudicial.

148. A ausência de subordinação normativa na concepção da relação entre as Cortes comunitária e nacionais associada à necessária convivência e interação entre as ordens jurídicas envolvidas na integração europeia dá origem a cenário jurídico em que a interação jurisdicional é fundamentalmente sensível exigindo consistente e eficiente comunicação entre os órgãos jurisdicionais envolvidos na interpretação e aplicação daquelas ordens jurídicas.

149. Inexistindo, portanto, hierarquia ou competência revisional pelo TJUE a interação entre aquele Tribunal e Cortes dos Estados-membros deve se estabelecer em bases diferenciadas, que reflitam harmonicamente a dinâmica horizontal de interação.

150. A interação entre as Cortes que aplicam o direito comunitário prima pelo diálogo judicial cooperativo, que busca uma construção comum da ordem jurídica comunitária em legítima harmonia com os direitos nacionais, assegurando a profícua participação das estruturas jurisdicionais dos Estados-membros na construção da ordem constitucional comum europeia.

151. O diálogo judicial representa a forma mais simples e adequada para viabilizar a convivência do pluralismo representado pelo constitucionalismo multinível.

152. o TJUE e as cortes nacionais dos Estados-membros engajam-se permanentemente num relacionamento e diálogo cooperativo para a resolução de questões decorrentes da relação entre o direito comunitário e a ordem jurídica nacional.

153. A efetiva operação do diálogo cooperativo exige o estabelecimento de um diálogo bi-direcional de modo que as Cortes Constitucionais ou os Tribunais Superiores dos Estados-membros também possam contribuir para a atuação jurisdicional do TJUE, atuação esta que necessariamente afeta a ordem constitucional dos Estados-membros.

154. O diálogo jurisdicional cooperativo bi-direcional contribui decisivamente para a qualidade das decisões judiciais proferidas no âmbito da integração europeia.

155. Deve-se estimular o aprofundamento do diálogo para uma franca, aberta e constante participação dos Tribunais Nacionais no exercício jurisdicional pelo TJUE.

156. Um esforço mútuo deve ser feito por todas as instâncias jurisdicionais para promover o diálogo verdadeiramente bi-direcional

157. Um dos objetivos do diálogo cooperativo seria a prevenção de conflitos e choques entre ordens jurídicas determinadas pela atuação desconexa, isolada e não interacional das Cortes responsáveis de forma preponderante pela interpretação de cada uma daquelas ordens.

158. Sem que se estabeleça um ambiente de interação cooperativa bi-direcional entre o sistema judiciário da integração europeia e o tribunais nacionais torna-se muito delicada a preservação do equilíbrio entre a União, com forte tendência para impor a supremacia, e os Estados-membros, com compreensível esforço de manutenção da identidade nacional.

159. Diante da tensão entre o recrudescimento do princípio do primado e a preservação das identidades constitucionais; a técnica do diálogo entre o TJUE e as jurisdições nacionais apresenta-se como ferramenta apta a mediar e harmonizar as soluções jurídicas decorrentes do exercício de sua função jurisdicional pela Corte Europeia.

160. Deve o TJUE levar em consideração quando da prolação de suas decisões não apenas o contexto do direito comunitário apreciado como sistema jurídico distinto porém interdependente do sistema jurídico dos Estados-membros; mas, sobretudo, os elementos específicos da ordem constitucional dos Estados-membros cuja interpretação é legitimamente trazida pelos Tribunais nacionais daqueles países.

161. O Tribunal de Justiça deveria empenhar-se em reformular seu estilo de decidir a fim de se adequar ao contexto ideológico da União Européia, essencialmente interativo e dialógico, bem como inserir largamente em sua atividade jurisdicional a técnica do diálogo cooperativo interjurisdicional.

162. Enquanto isso não se concretiza, identifica-se um diálogo implícito e silencioso não formalizado ou procedimentalizado entre as Cortes constitucionais e superiores e o Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE).

163. As Cortes constitucionais e superiores dos Estados-membros passaram a utilizar as decisões proferidas por elas próprias para enviar “mensagens” e “avisos” ao Tribunal de Justiça europeu, demonstrando explicitamente sua própria interpretação a respeito do direito comunitário.

164. As decisões da Corte Constitucional Alemã são fundamentais já que estabelecem balizas teóricas extremamente consistentes no que diz respeito aos limites constitucionais dos Estados-membros para a integração européia.

165. Em Solange I o Tribunal Constitucional alemão afirmou categoricamente que enquanto a tutela dos direitos fundamentais pelo direito comunitário não for tão eficaz quanto à prevista na carta fundamental alemã, aquela Corte constitucional assumirá a competência de revisão das normas jurídicas comunitárias que violarem os direitos fundamentais.

166. Em Solange II o Tribunal Constitucional alemão revisita a análise realizada em Solange a respeito da tutela dos direitos fundamentais na União Européia e conclui que o nível de proteção dos direitos fundamentais na integração européia, especialmente na jurisprudência

do TJUE, foi substancialmente elevado alcançando patamar próximo ao assegurado pela Lei Fundamental alemã.

167. Por essa razão, a Corte alemã deixaria de exercer sua competência de fiscalizar a constitucionalidade de normas comunitárias derivadas, desde que o mesmo nível de eficácia na tutela dos direitos fundamentais seja mantido.

168. Consolida-se mais uma vez o diálogo entre o Tribunal Constitucional alemão e o TJUE, de modo que a Corte alemã indica ao Tribunal europeu o caminho que considera correta no que diz respeito ao respeito dos direitos fundamentais.

169. Em Bananas, a questão de constitucionalidade não foi conhecida pelo TCF haja vista ter restado decidido que enquanto a União Européia assegurar um nível de proteção aos direitos fundamentais substancial e equivalente àquele assegurado pela Lei Fundamental alemã, a Corte Constitucional daquele país não exerceria sua competência de fiscalizar a constitucionalidade das normas comunitárias derivadas.

170. Em Maastricht, além de reafirmar a jurisprudência de Solange I e II, a decisão do Tribunal Constitucional alemão tem por objetivo conferir especial relevo ao princípio da atribuição de competências, bem como ao princípio da subsidiariedade e proporcionalidade; por meio dos quais se pretende reter e preservar ao máximo a soberania dos Estados-membros, e garantir o controle por eles do quanto de competência fora transferida à União Européia.

171. Em Lisboa, a Corte Constitucional alemã deixa explícito que as novas fronteiras para a integração europeia teriam como limite a identidade constitucional dos Estados-membros. Neste sentido, a soberania dos Estados-membros deve servir como medida de legitimidade e possibilidade para o avançar da União Européia e a aplicação do direito comunitário, não se admitindo a superação da identidade constitucional dos Estados-membros pela integração.

172. Deve então o TJUE além de tutelar os direitos fundamentais e adequar-se aos limites das competências expressamente transferidas à União, deve também passar a respeitar a identidade constitucional dos Estados-membros, como limite de validade de sua atuação.

173. Em *Frontini*, da Corte Constitucional Italiana, nota-se a afirmação incipiente de que então Comunidade Européia era formada por Estados-membros que se baseiam estruturalmente nos princípios do Estado de Direito e na garantia das liberdades fundamentais a seus indivíduos, e, por essa razão, o Tribunal de Justiça comunitário deveria reprimir a inadmissível violação daqueles princípios pelas instituições comunitárias.

174. Em *Granital*, da Corte Constitucional Italiana, afirma-se, por influência de *Solange I* e *II*, que a Corte não abdica de estabelecer reservas ao funcionamento do princípio da primazia sempre que este conduza a colisão com princípios constitucionais fundamentais.

175. Na decisão do Tribunal Constitucional Espanhol sobre o Tratado Constitucional, afirma a Corte que a aceitação da ordem comunitária pela Constituição espanhola, como consequência da transferência de poderes para a União Européia, só é possível se a ordem comunitária respeitar integralmente os princípios e valores básicos da Constituição.

176. A Corte Espanhola além de oferecer uma releitura do princípio do primado (primazia x supremacia), é ainda muito contundente ao afirmar e reconhecer a existência de um diálogo jurisdicional implícito entre as jurisdições nacionais e o TJUE.

177. A via implícita de diálogo assume características unilaterais, não vinculativas e intempestivas, de maneira que o TJUE, do ponto de vista jurídico, tem a discricionariedade de considerar ou não a contribuição hermenêutica fornecida pelos órgãos jurisdicionais superiores dos

Estados-membros em processos internos, no bojo da jurisprudência constitucional de cada país.

178. O procedimento da ação por incumprimento é extremamente propício à estruturação de mecanismos que viabilizem a interação e participação das jurisdições nacionais (diálogo expresso).

179. A ação por incumprimento organiza-se procedimentalmente de forma a excluir quase que integralmente a participação dos Estados-membros na formação da interpretação da norma comunitária e da norma nacional dita incompatível com o direito comunitário.

180. As decisões proferidas em ação por incumprimento causam substancial interferência na ordem jurídica dos Estados-membros.

181. A monopolização, no TJUE, do poder jurisdicional de realizar a interpretação e o juízo de compatibilidade normativa da norma nacional, é uma das causas da tensão existente entre Estados-membros e União Européia.

182. Cabe à União européia por meio de suas instituições comunitárias equilibrar a tensão entre soberania estatal e integração comunitária.

183. O procedimento da ação por incumprimento não é formatado de modo a propiciar o equilíbrio, o respeito e a devida consideração do elemento da soberania dos Estados-membros.

184. Na ação por incumprimento fica o TJUE isolado na dinâmica da construção jurisdicional do direito comunitário e da integração européia; o que poderia ser revertido com a convocação da participação das Jurisdições Nacionais.

185. Tendo os tribunais nacionais a competência para, além de interpretar e aplicar as normas do direito nacional, interpretar e aplicar o direito comunitário, seriam eles peças chaves à adequada formação do

juízo de comunitariedade exercido no âmbito da ação por incumprimento.

186. A abetura semântica dos direitos fundamentais, a relevância desses direitos para a identidade constitucional dos Estados-membros, bem como a relevante função dos Tribunais Constitucionais em tutelar os direitos fundamentais confirmam a necessidade de participação dessas Cortes no processo decisório da ação por incumprimento.

187. Fundamentos para o diálogo constantes nos Tratados: princípio democrático; princípio da abertura; decisões próximas ao cidadão; princípio da cooperação leal; necessidade de observância das identidades constitucionais e necessidade de interpretação da Carta de Direitos Fundamentais pelo TJUE e Tribunais Nacionais em harmonia com as tradições constitucionais dos Estados-membros.

188. A utilização de mecanismos de abertura procedimental, com destaque para a inclusão das Cortes Constitucionais dos Estados-membros no processo decisório e hermenêutico dos Estados-membros oferece ganhos evidentes na harmonização da tensão entre a soberania e a integração.

189. A intervenção das Cortes Constitucionais no procedimento da ação por incumprimento já encontra respaldo, com pequenas adaptações, no artigo 24, item 2 e artigo 40 do Estatuto do Tribunal de Justiça.

190. A natureza da intervenção dos Tribunais nacionais no procedimento da ação por incumprimento seria de *amicus curiae*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AALBERTS, Tanja E. **Sovereignty Reloaded? A Constructivist Perspective on European Research**. In: The Constitutionalism Web-Papers: School of Law, University of Manchester, n. 2, 2005, p. 1-21.

ACCETO, Matej; SZLEPTNIG, Stefan. **The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law**. In: European Public Law, V. 11, Issue 3, 2005, p. 375–403.

AHLF, Loretta Ortiz. **Derecho Comunitario y Derecho Internacional**. In: Revista de derecho de la Unión Europea, Nº. 4, 2003, pags. 11-23.

ALBI, Anneli. **Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of Co-operative Constitutionalism**. In: European Constitutional Law Review, n. 3, 2007, p 25–67.

ALBORNOS, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de. **El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea**. In: Revista de Administración Pública, 109, Enero-abril, 1986, p. 119-140.

ALLOTT, Philip. **The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe**. In: Common Market Law Review, V. 34, Issue 3, 1997, p. 439-469.

AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. In: Revista Mestrado em Direito UniFIEO, ano 9, n. 1, v. 12, jan./jun. 2009, p. 187-222.

ANDREAU, Mirta Sotelo de. **Las sanciones en materia de responsabilidad del estado. Problemas actuales y derecho comunitario**. In: Estudios Sobre la responsabilidad del estado en argentina, colombia y mexico, 2007, p. 297-321.

ANTUNES, Luis Miguel Pais, VILAÇA, José Luís da Cruz. **A integração portuguesa no sistema jurisdicional comunitário**. In: Revista Análise Social, Vol. XXVII, 1992, p. 891-916.

ARBUET-VIGNALI, Heber. **Teoria Geral da integração econômica e sistemas jurídicos comunitários**. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília: V. 1, n. 2, mai/ago, 1997, p. 24-28.

ARNOLD, Rainer. **Conflictos entre Ordenamentos y su Solución. El Ejemplo Alemán**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 97-114.

_____. **El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas Reflexiones desde la Perspectiva Alemana**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 9, Enero-Junio, 2008, p. 237-246.

AVBELJ, Matej. **Questioning EU Constitutionalisms**. In: German Law Journal, Vol. 9, No. 1, March 2008, p. 1-26.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do direito constitucional comum europeu**. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 11, n. 5, p. 20-45.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros**. In: Revista de derecho constitucional europeo, Nº. 2, 2004, p. 127-148.

BARRIONUEVO, Maria Bellido. **La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario**. In: Revista española de derecho constitucional, Año nº 18, Nº 54, 1998, pags. 383-388.

BEHR, Gerhard. **Judicial Control of the European Communities**. New York: Praeger, 1962.

BELLOSO MARTIN, Nuria. **Comunidades Europeas, Union Europea y justicia comunitária**. In: Revista de informação legislativa, v.34, n.133, jan./mar, 1997, p.271-285.

BERGERÈS, Maurice-Christian. **Contencioso comunitário**. Porto: Resjuridica, 1997.

BERNARD, Nicolas. **The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity**. In: Common Market Law Review, V. 33, Issue 4, 1996, p. 633–666.

BEUTLER, Björn. **State liability for breaches of Community law by national courts: Is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?**. In: Common Market Law Review, V. 46, Issue 3, 2009, p. 773–804.

BIAVATI, Paolo. **Europa e processo civile: metodi e prospettive**. Torino: G. Giappichelli, 2003.

_____. **La funzione unificatrice della Corte di giustizia delle Comunità europee**. In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, 1995, p.273-283.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5ª ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia, 2000.

BÖRZEL, Tanja A. **Non-compliance in the European Union: Pathology or statistical artifact?** In: Journal of European Public Policy, n. 8, 2001, p. 803-824.

BOZO, Rodrigo Javier Garrón. **Sistema Jurisdiccional andino e europeo**. In: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo II, n. 20052, p.739-758, 2005.

_____. **El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino.** In: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo 2, n. 20072, 2007, p.761-772.

BUELGA, Gonzalo Maestro. **El Sistema de Competências en la Constitución Económica Europea: Unión y Estados Miembros.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 5, Enero-Junio, 2006, p. 65-99.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, J. L. Mota de. **Contencioso Comunitário,** Lisboa, Ed. Gulbenkian, 2002.

_____. **Manual de Direito Comunitário,** 2.^a ed., Curitiba: Juruá, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro, SECCOMBE, Monica e WEILER, Joseph, **Integration Through Law: Europe and the American federal experience,** Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

CARANTA, Roberto. **Judicial protection against Member States: A new jus commune takes shape.** In: Common Market Law Review, V. 32, Issue 3, 1995, p. 703–726.

CARROZZA, Paolo. **El "Multilevel Constitutionalism" y el sistema de fuentes del derecho.** In: Revista española de derecho europeo, Nº. 19, 2006, pags. 341-366.

CARTABIA, Marta. **Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously.** In: European Constitutional Law Review, V. 5, Issue 01, February 2009, p. 5-31.

CATALANO, Nicola. **Manual de Derecho de las Comunidades Europeas.** Buenos Aires: Plantie Talleres Gráficos, 1966.

CEIA, Eleonora Mesquita. **A Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a Constitucionalidade do Tratado de Lisboa**. In: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n.49, 2009, p.89-107.

CLAES, Monica. **The Europeanisation of national Constitutions in the Constitutionalisation of Europe: Some Observations against the background of the Constitutional Experience of the EU-15**. In: Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol 3, 2007, p. 1-38.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTANTINESCO, Vlad. **¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?**. In: Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol. n. 8, 1993, p. 5-16.

COSTA, Blanca Vilà. **Régimen Jurídico de las Sanciones por Infracción a las normas comunitarias**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 18, Nº 3, 1991, p. 805-844.

CRAIG, Paul. **Constitutions, Constitutionalism, and the European Union**. In: European Law Journal. V. 7, Issue 2, 2001, p. 125-150.

CRISAFULLI, Vezio. **Jerarquía y Competencia en el Sistema Constitucional de Las Fuentes**. In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 1, Enero-Junio, 2004, p. 323-353.

CRUZ, Julio Baquero. **The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice**. In: International Journal of Legal Information, Volume 34, Issue 2, Article 7, Summer 2006, p. 223-245.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**, Coimbra: Almedina, 2006.

DAGTOGLOU, Prodomos D. **A Natureza Jurídica da Comunidade Europeia**. In: Trinta anos de Direito Comunitário. Luxemburgo: Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1984, p. 35-44.

DELGADO, Isaac Martín. **El procedimiento por inejecución en la Justicia europea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

_____. **La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario**. In: Revista española de derecho europeo, Nº. 16, 2005, p. 595-626.

DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros**. In: Revista de Instituciones Europeas. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, Nº 3, 1993, p. 837-900.

DUARTE, Maria Luísa. **Contencioso Comunitário. Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático**, Lisboa, Principia, 2003.

_____. **Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias**, Lisboa, Lex, vol. I, Tomo I, 2001.

DUARTE, Maria Luísa; DELGADO, Pedro. **União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros**. Lisboa: A.A.F.D.L, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (auto de 28 de junio de 1990, Comisión c Alemania)**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 17, Nº 3, 1990, p. 875-884.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A Jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como Orientadora do Novo Direito**. In: Revista de Informação Legislativa, v.36, nº 143, jul./set. de 1999, p. 269-275.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 8. ed. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2007.

GARCÍA, Isaac Ibañez. **Derechos fundamentales: Sobre cómo puede afectar negativamente el Derecho Comunitario a las previsiones constitucionales de los Estados miembros. Especial referencia a los derechos fundamentales**. Noticias de la Unión Europea, nº 249, 2005, pags. 33-50.

GARCIA, Ricardo Alonso. **Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2006.

_____. **Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

_____. **Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Sudamericanos de Integración**. Córdoba: Advocatus, 1ª ed. 2008.

_____. **Justicia Constitucional y Unión Europea**. Madrid: Civitas Ediciones. 2005.

_____. **Sistema Jurídico de la Unión Europea**. 1. ed. Madrid: Civitas Ediciones. 2007.

_____. **La seguridad jurídica como presupuesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario: (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de octubre de 1986 168-85, Comision v. República italiana)**. In: Revista española de derecho administrativo, N.51, 1986, p.439-445.

_____. **La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico**. In: Revista española de derecho europeo, n. 28, oct.-dic. 2008, p. 385-410.

_____. **Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario.** In: Revista de ciencias jurídicas y sociales, nº 2, 2005, p. 153-176.

GERSTENBERG, Oliver. **Expanding the Constitution Beyond the Court: The Case of Euro-Constitutionalism.** In: European Law Journal, Vol. 8, N. 1, 2002, p. 172-192.

GIORGI, Florence; TRIART, Nicolas. **National Judges, Community Judges: Invitation to a Journey through the Looking-glass—On the Need for Jurisdictions to Rethink the Inter-systemic Relations beyond the Hierarchical Principle.** In: European Law Journal. V. 14, Issue 6, 2008, p. 693-717.

GOMES, José Luiz Caramelo. **O Juiz Nacional e o Direito Comunitário: O Exercício da Autoridade Jurisdicional Nacional na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.** Lisboa: Almedina, 2006.

GÓMEZ, José Manuel Frutos. **Las sentencias ex artículo 171 CEE y el problema de su cumplimiento por el Estado infractor.** In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 11, Nº 3, 1984, p. 783-808.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário: sumários desenvolvidos.** Coimbra: Almedina, 2001.

GROPPI, Tania. **La "Primauté" del Derecho Europeo Sobre el Derecho Constitucional Nacional: Un Punto de Vista Comparado.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 5, Enero-Junio, 2006, p. 225-243.

HÄBERLE, Peter. **Europa como comunidad constitucional en desarrollo.** In: Revista de derecho constitucional europeo, N. 1, 2004 , p. 11-24.

_____. **Derecho Constitucional Común Europeo.** In: Revista de estudios políticos, Nº 79, 1993 , p. 7-46.

_____. **¿Existe un espacio público europeo?** In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 2, Nº 3, 1998, p. 113-136.

_____. **El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 9, Enero-Junio, 2008, p. 11-22.

_____. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (trad). **La Regresiva "Sentencia Lisboa" como "Maastricht-II anquilosada.** In: Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº. 12, Julio-Diciembre, 2009, p. 397-429.

_____. **Europa como comunidad constitucional en desarrollo.** In: Revista de derecho constitucional europeo, N. 1, 2004, p. 11-24.

_____. **El Estado constitucional europeo.** In: Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana del Derecho Constitucional, n. 2, enero-junio, 2000, p. 87-104.

_____. **Hermenêutica Constitucional; Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERLE, Peter; HABERMAS, Jürgen; FERRAJOLI, Luigi; VITALE, Ermanno. **La Constitucionalización de Europa.** Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

HOFFMEISTER, Frank. **The Constitutional Functions of the European Court of Justice.** In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective.* Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 143-144.

JIMÉNEZ, María del Carmen Díaz. **Principios de derecho procesal comunitário.** Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. **Possui a União Européia uma autêntica constituição?: um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática.** In: Revista de Informação Legislativa, v.37, nº 147, jul./set., 2000, p. 145–160.

KEGEL, Patricia Luíza. **A teoria constitucional no âmbito do processo de integração europeu.** In: Revista de Direito Internacional e Econômico, v.1, n.1, out./dez., 2002, p.125-131.

KOMÁREK, Jan. **Federal elements in the community judicial system: Bulding coherence in the community legal order.** In: Common Market Law Review, v. 42, issue 1, 2005, p. 9-34.

_____. **Infringements in Application of Community Law: Some Problems and (Im)possible Solution.** In: Review of european administrative law; vol. 0, nr. 1, 2007, p. 87-98.

_____. **Creating a Quasi-Federal Judicial System of the European Communities.** In: Institute for European Law at Stockholm University, No. 54, 2006, p. 1-65.

KOTZUR, Markus; MICHAEL, Lothar. **La construcción del derecho constitucional europeo.** In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 345-350.

KOTZUR, MARKUS; MÉNDEZ, Cristina Elías (trad.). **Los derechos fundamentales en europa.** In: Revista de derecho constitucional europeo, nº. 12, 2009, p. 73-100.

LA PERGOLA, Antonio. **L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista.** In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, v. 47, n. 1, março, 1993, p. 1-26.

LAGRANGE, Maurice. **The Court of Justice as a Factor in European Integration**. In: The American Journal of Comparative Law, V. 15, 1966, p. 709-725.

LEITE, Rodrigo de Almeida; MAIA, Mario Sérgio Falcão. **O procedimento das questões prejudiciais e o princípio da responsabilidade dos Estados membros ante o incumprimento o direito comunitário por tribunais superiores nacionais**. In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 4, 2009, p. 257-285.

LEÓN, Baldomero Oliver. **La Carta de Los Derechos Fundamentales de La Unión Europea en el Debate Constitucional Europeo**. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). n. 119, Enero-marzo, 2003, p. 221-259.

LIPARI, Nicolo, **Il problema dell'effettività del diritto comunitario**. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. 63, Nº 3, 2009, p. 887-904.

LUZARRAGA, Francisco Aldecoa; LLORENTE, Mercedes Guinea. **El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto**. In: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales Y Estratégicos. Documento de Trabajo nº 9, 2008. Disponível em: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/Elcano_es/contextos_DT/contexto%20DT%202008. Acesso em 19.01.2010.

MADURO, Miguel Poiares. **Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism**. In: European Journal of Legal Studies, Vol. 1, N. 2, 2007, p. 1-21.

MAGAGNI, Massimo. **L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza e nella prassi delle Comunità europee (rassegna di giurisprudenza)**. In: Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, 1979, p.880-896.

MANCINI, Federico. **La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee**. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, p. 1-16.

MARÍA, Paz Andrés Sáenz de Santa. **Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Grecia)**. In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, N. 8, Julio-Diciembre, 2000, p. 493-518.

MARGARIDO, Renata Chambel. **O pedido de decisão prejudicial e o princípio da cooperação jurisdicional**. In: Working Paper 8/99, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n. 8, 1999, p. 1-65.

MARTÍN, Araceli Mangas. **La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario: evolucion jurisprudencial**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 14, Nº 2, 1987, p. 311-338.

MARTIN, José María Fernández. **El Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daños Causados por el Incumplimiento de las Normas de Derecho Comunitario: Evolución Jurisprudencial Reciente**. In: Revista de Instituciones Europeas, Vol. 23, Nº 2, 1996 , p. 505-538.

MARTINICO, Giuseppe. **European Constitution and European Evolution: Why does the ECJ matter?** In: Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper, n. 4, 2009, 1-19.

MESQUITA, Maria José Rangel, **Efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, Almedina, 1997.

MORAL, Antonio José Martí del. **El derecho derivado comunitario y el bloque de la constitucionalidad**. In: Noticias de la Unión Europea, Nº 86, 1992, pags. 19-30.

NANCLARES, José Martín y Pérez de. **Estudio Preliminar del Tratado de Lisboa.** In: Real Instituto Elcano. Disponível em: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/Tratado deLisboa2007>. Acesso em: 19.01.2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Sobre a supremacia de uma constituição europeia: controle de “comunitariedade” e de constitucionalidade.** In: _____. A constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional. Porto Alegre: Lumen Juris, 2005. p. 179-196.

PEINADO, Maria Dolores Blásquez. **El Procedimiento contra los Estados Miembros por Incumplimiento del Derecho Comunitario.** Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2000.

PEREDO, Pablo Dermizaky. **Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Número 20042, 2004, p.831-845.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?.** In: Common Market Law Review, n. 36, 1999, p. 703-750.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia.** Lisboa: Almedina, 1995.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. **A solução jurisdicional.** In: Revista Centro de Estudo Judiciários. V. 1 n. 2 mai./ago. 1997.

_____. **Da livre circulação de pessoas à cidadania europeia.** in: ALMEIDA, Marta Tavares de, e PIÇARRA, Nuno (coord.), 50 Anos do Tratado de Roma, Lisboa, 2008.

RÖBEN, Volker. **Constitutionalism of inverse hierarchy: the case of the European Union**. In: Jean Monet Working Paper, n. 8, 2003, p. 1-32.

RODRIGUEZ, Alegría Borrás. **El recurso por incumplimiento: razón de ser e eficacia**. In: Noticias de la Unión Europea, n. 25, 1987, p. 75-80.

ROVIRA, Albertí Enoch. **La Delimitación de Competencias entre la Unión e los Estados Miembros**. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 119, Enero-Marzo, 2003, p. 81-110.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ação de incumprimento: da cooperação institucional a um instrumento processual**. In: Revista de Processo, v. 149, p. 169-184, 2007.

_____. **O direito processual e sua efetividade na condição de instrumento de atuação da ordem comunitária**. In: RILA. Revista de Integração Latino-Americana, v. 1, p. 45-55, 2004.

_____. **Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial - mecanismo processual a serviço do direito comunitário: perspectiva para a adoção no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARMIENTO, Daniel. **El reto constitucional de la Unión Europea en tiempos post-constitucionales**. In: Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Año 6, Nº. 15, 2008, p. 33-48.

SCHERMERS, Henry e WAELBROECK, Denis. **Judicial Protection in the European Communities**. 5ª ed. The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.

SCHILLING, Theodor. **The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm**. In: European Law Journal, V. 12, Issue 2, 2006, p. 173-193.

SEGADO, Francisco Fernández. **El control de "comunitariedad" del ordenamiento interno realizado por el juez nacional y sus consecuencias sobre el sistema constitucional.** In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, n.4, 2006, p.129-164.

_____. **El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común: las transformaciones constitucionales dimanantes de ello.** In: Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, Nº. 13, julio-diciembre, 2005, p. 57-94.

SILVA, Karine de Souza. **El Cumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros de la Unión Europea: Alcances y Límites de la Acción por Incumplimiento.** In: Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series, V. 9, n. 9, October 2009, p. 3-32.

_____. **El control de la aplicación del Derecho Comunitario en la Unión Europea: aspectos destacados sobre el Procedimiento Por Incumplimiento.** In: Revista de Estudios Jurídicos, v. 9, 2010, p. 70-101.

_____. **La violación de las obligaciones previstas en el Derecho comunitario: consideraciones sobre el procedimiento por incumplimiento.** In: Revista de Estudios Europeos, v. 48, 2009, p. 51-84.

THYM, Daniel. **In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court.** In: Common Market Law Review , issue 6, vol. 42, 2005, p. 1795-1822.

TIMMERMANS, Christiaan. **The constitutionalization of the European Union.** In: Yearbook of European Law, 2002, nº 21, p. 1-61.

TORRE, Fernando Castillo de la. **La sentencia del tribunal constitucional federal alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del tratado de Lisboa: análisis y comentarios.** In: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 13, nº 34, 2009, p. 969-1010.

TRIDIMAS, Takis. **The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?** In: TRIDIMAS, Takis; NEBBIA, P. (Editors), *EU Law for the 21st Century: Rethinking the New Legal Order*, Volume 1, Oxford: Hart Publishing, 2004, 113-142.

VIERA, José Ribas. **A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEILER, Joseph H. H. **The Essential (and would-be Essential) Jurisprudence of the European Court of Justice: Lights and Shadows too.** In: SAUNDERS, Von Cheryl; KOKOTT, Juliane; PERNICE, Ingolf (Org.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 117-127.

_____. **In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg.** In: WIND, Marlene; WEILER, JHH. *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: University Press Cambridge, 2003, p. 7-23.

WILMARS, J. Mertens de. **Proceedings against member States for failure to Fulfill their Obligations.** In: *Common Market Law Review*, 1970, p. 385-406.

WITTE, Bruno de. **European Treaty Revision: A Case of Multilevel Constitutionalism.** In: ZEMÁNEK, Jirí; PERNICE, Ingolf (Org.). **Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond.** Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 59-76.